

**Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt
als funktionelle Anknüpfungspunkte
im Bereich des internationalen Eherechts
(Art. 13 - 17 EGBGB)**

Walter Gollrad
—

1973
—

Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher
Aufenthalt als funktionelle Anknüpfungspunkte
im Bereich des internationalen Eherechts
(Artt. 13 - 17 EGBGB)

Ein Beitrag zur Reform des internationalen Ehe-
rechts auf der Grundlage rechtsgeschichtlicher,
rechtsvergleichender und rechtspolitischer Be-
trachtungen.



Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München.

vorgelegt von

Walter Gollrad

1973



Referent: Professor Dr. Lorenz
Korreferent: Professor Dr. Fikentscher
Tag der mündlichen Prüfung: 19. Dezember 1973

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

1. Teil

2. Teil

Einleitung Für Barbara

Einleitung, ein Gedicht, die Antikriegs-
politik, der Bereich der internationalen
Kultur, April 11 - 17 1945

1. Teil Antikriegsliche Bewegung, die Ver-
einigung, Kritik an der Antikriegs-
bewegung, Antikriegsbewegung

2. Teil Der Antikriegscharakter der Ver-
einigung, Antikriegscharakter der Antikriegs-
bewegung

3. Teil Antikriegscharakter

4. Teil Antikriegscharakter, Antikriegscharakter

5. Teil Antikriegscharakter, Antikriegscharakter, Antikriegscharakter

6. Teil Antikriegscharakter, Antikriegscharakter, Antikriegscharakter

7. Teil Antikriegscharakter

8. Teil Antikriegscharakter, Antikriegscharakter, Antikriegscharakter

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
Einleitung	1
<u>Hauptteil:</u> Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt als funktionelle Anknüpfungspunkte im Bereich des internationalen Eherechts, Artt. 13 - 17 EGBGB	6
<u>Erstes Kapitel:</u> Geschichtliche Entwicklung des Personalstatutes. Kritik an der Staatsangehörigkeitsanknüpfung.	6
§ 1 Herrschaft des Personalitätsprinzips und des Territorialitätsprinzips bis zum Inkrafttreten des EGBGB	6
I. Römisches Recht	8
1. Allgemeine Kollisionsgrundsätze	8
2. Vorrang des personalen vor dem territorialen Moment bei der Anknüpfung	10
3. Kollisionsrechtliche Behandlung der mehrfachen "origo" und des mehrfachen "domicilium"	12
4. Ergebnis	14
II. <u>Das System der persönlichen Rechte</u>	15

III. Statutentheorie und Prinzip der Territorialität der Rechte	16
1. Allgemeines zur Statutentheorie, struktureller Hintergrund	16
2. Anknüpfungsmethode	17
3. Anknüpfungsgegenstand	20
IV. Savigny und die frühen Kodifikationen	22
1. Savigny (1779 - 1861)	22
2. Die Anknüpfungen der frühen Kodifikationen	
a) Übergang zum Personalitätsprinzip im C.civ.?	24
b) Andere Motive für die Wahl der Staatsangehörigkeit und für die Hinneigung zur Personalität der Rechte	27
3. Zusammenfassung der bisher behandelten Wohnsitzbegriffe	28
V. Rechtsprechung vor 1900 in Deutschland	29
VI. Mancini (1817 - 1888)	32
VII. Die Entwicklung seit Mancini	34
1. Deutschland	34
2. Ausland und internationale Abkommen	36
§ 2 Kritische Untersuchung des Staatsangehörigkeitsprinzips	37
I. Soziale, wirtschaftliche und politische Strukturveränderungen	38
1. Allgemeines zur Bedeutung der Strukturveränderungen für das internationale Eherecht	38

2. Die Phänomene im einzelnen	40
a) Internationale Wirtschaftsverflechtung und Gastarbeiterproblem	40
b) Blockbildung der europäischen Staaten	47
aa) Staatsangehörigkeit und Diskrimi- nierungsverbot	47
bb) Abbau der Souveränität der eini- gungswilligen Staaten	49
cc) Berücksichtigung ähnlicher oder über- einstimmender Rechtsauffassungen	50
c) Stellungnahme hierzu	51
II. "Funktionswandel des Kollisionsrechts"?	55
1. Berücksichtigung materieller Interessen	55
2. Konsequenzen für das internationale Eherecht	59
3. Berücksichtigung materieller und rechts- politischer Bedürfnisse im geltenden Kollisionsrecht	60
4. Stellungnahme zum Problem des Funktionswan- dels des Kollisionsrechts im Bereich des internationalen Eherechts	63
III. Grundgesetz und IPR im Bereich des internatio- nalen Eherechts	65
1. Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts zum Verhältnis der Grundrechte zu den Normen des IPR	65
a) Kollisionsrecht im Rang unter der Ver- fassung	65
b) Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 I EGBGB	66
c) Die neue Ausgangslage für die Wahl der Anknüpfung in den Artt. 13 - 17 EGBGB	68

2. Art. 3 II GG und staatsangehörigkeits- rechtliche Mischehen; Verfassungsmäßigkeit der hM zu Art. 14, der Artt. 15 und 17 EGBGB	70
a) Problemstellung	70
b) Meinungsstand	71
c) Stellungnahme	73
3. Die Bedeutung der Art. 6 I GG und 20 III GG iVm 1 III GG für die Kollisionsnormen des internationalen Eherechts	81
a) Art. 6 I GG, Familieneinheit	81
aa) Begrenzungsfunktion des Art. 6 II GG	81
bb) Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Mannes als Verstoß gegen Art. 6 I GG?	84
b) Art. 20 III GG, Bedeutung des Rechtsstaats- prinzips für das Kollisionsrecht	85
IV. Auswirkungen der Besonderheiten des Staatsange- hörigkeitsrechts für das internationale Ehe- recht	87
1. Staatenlosigkeit	87
2. Staatsangehörigkeitsprinzip und Flüchtlings- problem	90
a) Flüchtlinge und Vertriebene	90
b) Analoge Regelung bei vergleichbaren Ver- hältnissen?	94
3. Der positive Staatsangehörigkeitskonflikt bei Mehrstaaten	96
4. Angehörige von Staaten mit mehreren Teilrechts- ordnungen	98

V. Bedenken gegen die Staatsangehörigkeitsan- knüpfung wegen einzelner kollisionsrechtlicher Konflikte und wegen der besonderen Funktion von Normen im Bereich der Artt. 13 - 17 EGBGB	99
1. Allgemeines. Zum Gedanken der funktionellen Anknüpfung	99
2. Art. 13 (Eheschließung)	101
a) Maßgeblichkeit des jeweiligen Heimatrechts der Verlobten	101
b) Probleme der Anknüpfung an die Staatsange- hörigkeit wegen der Maßgeblichkeit mehrerer Rechtsordnungen im Bereich des Art. 13 EGBGB	101
aa) Kollision verschiedener Sachrechte, An- sicht der Rechtssprechung	102
bb) Kollision fremden Sachrechts mit inlän- dischem Prozessrecht	106
cc) Notwendigkeit eines Anknüpfungswechsels?	107
dd) Anknüpfung der fehlerhaften Ehe und ihrer Nebenfolgen	109
ee) Zusammenfassung	111
3. Art. 14 (Persönliche Ehewirkungen)	112
a) Anknüpfung de lege lata, Verwirklichung des Art. 3 II GG	112
b) Bedenken gegen die Anknüpfung an die Staats- angehörigkeit wegen der besonderen Funktion von Normgruppen im Bereich des Art. 14 EGBGB	113
aa) Eheleiche Sachverhalte als vorwiegende Innenbeziehung zwischen den Ehegatten	115/6
bb) Eheleiche Sachverhalte als Mischsachver- halte von Innenbeziehungen und Außenbe- ziehungen im Bereich des Art. 14 EGBGB	119

cc) Eheleiche Sachverhalte mit starker Außenbeziehung	122
aaa) Namensrecht	122
bbb) Unterhaltsrecht	129
ccc) Prozesskostenvorschuß	131
3. Art. 15 EGBGB (Eheliches Güterrecht)	134
a) Zusammenhang Staatsangehörigkeitsanknüpfung - Unwandelbarkeit	134
aa) Der Grundsatz der Unwandelbarkeit	135
bb) Konsequenz für die Anknüpfung	136
b) Bedenken gegen die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes im Bereich des Art. 15 EGBGB?	137
aa) Art. 3 II GG iVm Art. 6 I GG	137
bb) Bedenken gegen die Staatsangehörigkeit wegen der besonderen Funktion von Normgruppen im Bereich des Art. 15	138
aaa) Schutz Dritter und des jeweiligen Rechtsverkehrs?	138
bbb) Besondere Umweltbezogenheit von Normgruppen?	140
c) Ergebnis	140
4. Art. 17 (Ehescheidung)	141
a) Problemstellung	141
b) Gleichberechtigung und Grundsatz der Familieneinheit. Lösungsmöglichkeiten	143
aa) Ablehnung der Lehre des "Schwächeren Rechts" im Bereich des Art. 17	144
bb) Anwendung des letzten gemeinsamen Heimatrechts der Ehegatten?	145

cc) Anknüpfung an den gemeinsam gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Heimatstaaten der Ehegatten	146
c) Behandlung "Hinkender Ehen"	146
d) Umweltbezogenheit des Ehescheidungsrechts?	147
e) Umweltbezogenheit bestimmter Normgruppen	150
aa) Namensrecht nach der Ehescheidung	150
bb) Unterhaltsrecht nach der Ehescheidung	152
f) Zusammenfassung zu Art. 17	153

VI. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse und rechtsvergleichende Umschau zur Anknüpfung im internationalen Eherecht	154
1. Staatsangehörigkeit als funktionelle Anknüpfung	154
2. Mängel der Staatsangehörigkeitsanknüpfung	156
3. Untauglichkeit der Staatsangehörigkeitsanknüpfung, Raum für den gewöhnlichen Aufenthalt.	157
4. Beibehaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung in modernen Reformvorschlägen	157
a) Inland	157
b) Europäisches Ausland	158

<u>Zweites Kapitel:</u> Der gewöhnliche Aufenthalt in rechtsschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Hinsicht. Begriff und Funktion.	161
---	-----

§ 1 Der gewöhnliche Aufenthalt, Geschichte, Auslegung in der Gegenwart in der BRD.	161
--	-----

I. Allgemeines	161
II. Der gewöhnliche Aufenthalt in frühen internationalen Abkommen, Vorschläge, Resolutionen	163
1. Das Vormundschaftsabkommen vom 12.6.02	163
2. Das Entmündigungsabkommen vom 17.7.05	164
3. Die 6. Haager Privatrechtskonferenz	164
4. Andere internationale Abkommen und Resolutionen	165
III. Der gewöhnliche Aufenthalt im deutschen Recht, Rückblick und Gegenwart	167
1. Materielles Recht	167
2. Kollisionsrecht	171
a) Funktion des gewöhnlichen Aufenthaltes bei Art. 29 n.F. EGBGB	171
b) Auslegung des kollisionsrechtlichen gewöhnlichen Aufenthaltes	172
c) Abweichende Begriffsbildungen in der Literatur	174
aa) Ansicht Bragas	174
bb) Ansicht Neuhaus	175
§ 2 Begriff und Funktion des gewöhnlichen Aufenthaltes in rechtsvergleichender Sicht, entsprechende Begriffe	177
I. Frankreich	177
II. Anglo-amerikanisches Recht	181
1. Englisch ~~e~~ s Recht	181
2. Amerikanisches Recht	186
III. Österreichisches Recht	188
IV. Schweizerisches Recht	190

V. Niederländisches Recht	192
VI. Nordische Länder	194
VII. Zusammenfassung	195

§ 3 Der gewöhnliche Aufenthalt in den neueren Haager Abkommen. Bedeutung, Funktion, Begriff.	196
--	-----

I. Allgemeines	196
----------------	-----

II. Die Abkommen im einzelnen	198
-------------------------------	-----

1. Renvoi-Abkommen v. 15.6.1955	198
2. Unterhaltsabkommen gegenüber Kindern v. 24.10.1956	199
3. Testamentformabkommen v. 5.10.1961	202
4. Minderjährigenschutzabkommen v. 5.10.1961	204
5. Adoptionsabkommen v. 15.11.1965	207
6. Haager Abkommen über das auf internationale Käufe beweglicher Sachen anwendbare Recht v. 15.6.1965; Abkommen über das auf Verkehrsunfälle anwendbare Recht v. Oktober 1968	210
a) Abkommen über internationale Käufe	211
b) Abkommen über das auf Verkehrsunfälle anwendbare Recht v. Oktober 1968	211
7. Entwurf einer "Convention sur l'Administration Internationale des Successions" v. Oktober 1972	212
8. Internationale Rechtssprechung auf dem Gebiet der Haager Abkommen	216

§ 4 Die autonome, funktionelle Begriffsbildung des gewöhnlichen Aufenthaltes als Anknüpfung für das Kollisionsrecht	218
---	-----

I. Allgemeines: Tatsachen- oder Rechtsbegriff?	218
--	-----

II. Der Begriff im einzelnen	219
1. Objektive Tatsachenmerkmale des gewöhnlichen Aufenthaltes	219
a) Tatsächliche Anwesenheit	219
b) Das normative Merkmal "gewöhnlich"	219
aa) Begründung des "Lebensmittelpunktes"	220
bb) Das zeitliche Moment	224
2. Subjektive Merkmale des gewöhnlichen Aufenthaltes	227
3. Verhältnis der Merkmale zueinander	229
4. Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes	230
5. Einzelfälle	232
a) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten	232
b) Andere Einzelfälle	235
6. Auslegung des Begriffes	236
7. Vorzüge des gewöhnlichen Aufenthaltes	236

<u>Drittes Kapitel:</u> Einzelheiten zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei der Einführung in den Artt. 13 - 17. Neu entstehende Probleme. Einfluß auf die allgemeinen Fragen des internationalen Privatrechts	238
---	-----

§ 1 Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei Staatenlosen, Flüchtlingen, Mehrstaatern und Angehörigen von Mehrrechtsstaaten. Verschiedene Staatsangehörigkeit.	238
I. Staatenlose	238
II. Flüchtlinge und vergleichbare Personengruppen	240
1. Sonderbestimmungen für Flüchtlinge	240
2. Gesetz über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen v. 4.8.1969	240
3. Die den Flüchtlingen vergleichbaren Personengruppen	242

III. Mehrstaater	244
1. Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthaltes in Verbindung mit einer Staatsangehörigkeit	244
2. Art. 13 EGBGB	247
3. Art. 14 EGBGB	248
4. Art. 15 EGBGB	249
5. Art. 17 EGBGB	250
IV. Verschiedene Staatsangehörigkeiten der Ehegatten	251
V. Mehrrechtsstaaten	253
§ 2 Sonderanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wegen der besonderen Umweltbezogenheit bestimmter Sachnorm- gruppen	254
I. Namensrecht der Ehegatten	254
II. Unterhaltsrecht der Ehegatten	257
1. Während der Ehe	257
2. Nach der Ehescheidung	259
§ 3 Einfluß der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt auf die allgemeinen Fragen des IPR	262
I. Der gewöhnliche Aufenthalt und die Umgehung im IPR	262
1. Fraudulöse Umgehung und zulässiger Statutenwechsel	262
2. Stabilität des gewöhnlichen Aufenthaltes	264
3. Denkbare Umgehungsfälle	265
a) Im Namensrecht	265
b) Im Unterhaltsrecht	266
II. Der gewöhnliche Aufenthalt und die Probleme der Rück- bzw. Weiterverweisung	268
1. Das Problem	268
2. Zulassung der Rück- und Weiterverweisung bei den einzelnen Fallgruppen?	269
a) Staatenlose, Flüchtlinge	269

b) Mehrstaater, staatsangehörigkeitsrechtliche Mischehen	269
c) Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wegen besonderer Umweltbezogenheit von Sachnormgruppen	272
aa) Theorie der "Gesunden Gesamtverweisung"	273
bb) Renvoi-freundliche und -feindliche Anknüpfungen	274
cc) "Funktionstheorie"	274

Literaturverzeichnis

- Aubin, Der Anknüpfungsrückgriff im deutschen internationalen Familienrecht, Rabels 23 (1958), 659 - 707;
- O. Bähr, Gutachten, Verhandlungen O. Bähr, Gutachten, in: Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentages, Band I (1886), 82 ff;
- O. Bähr, Wohnsitz recht und Heimatrecht, JherJb. 21 (1883), 343 ff;
- C.L. v. Bar, Theorie und Praxis v. Bar, Theorie und Praxis des intern. Privatrechts, 2. Bde., insb. Bd. I, Neudruck der 2. Aufl. (Hannover, 1889), Aalen, 1966
- v. Bar, Verhandlungen v. Bar, Gutachten, in: Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentages Bd. I, S. 95 ff;
- Batiffol, La douzième Session de la Conférence de la Haye de droit int. pr., Rev. crit. 62 (1973), 243 ff;
- ders., DIP Batiffol-Lagarde, DIP, 2 Bde. 5. Aufl. Paris, 1970;
- ders., Batiffol, Das IPR im Entwurf eines neuen Code civil, ZFRV 6 (1965), 11 ff.;
- ders., Aspects Batiffol, Aspects philosophiques du d.i.p., Paris, 1956;
- Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachrecht Beitzke, Staatenlose, Flüchtlinge, Mehrstaater, in: Vorschläge und Gutachten zur Reform des Deutschen intern. Personen- und Sachenrechts, hrsg. v. Lauterbach, Tübingen, 1972;
- ders., Beitzke, Probleme der Privatrechtsangleichung in der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZFRV 5 (1964), 80 - 93;
- ders., GG und IPR Beitzke, Grundgesetz und International-Privatrecht, Berlin, 1961;
- ders., Anm., JZ 59, 123 f;

- Beitzke, Gleichheit Beitzke, Gleichheit von Mann und Frau, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. v. Neumann, Nipperdey, Scheuner, Bd. II, Berlin 1954;
- Bergmann-Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (4. Aufl. 1969 ff);
- Boschan, Europäisches Familienrecht, 4., Neub. Auflage, München, 1971;
- Braga, Kodifikationsgrundsätze Braga, Kodifikationsgrundsätze des IPR, RabelsZ 23 (1958), 421 ff;
- ders., Wohnsitz, Braga, Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip? Ein Beitrag zur Reform des IPR, Erlangen, 1954;
- ders., Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip, RabelsZ 18 (1953), 227 ff.;
- Conférence de la Haye de d.i.p., Actes et Documents, Conférence de la Haye de d.i.p., Actes, 7. Session 1951, Den Haag, 1952; Actes, 6. Session 1928, 2 Bde., Den Haag, 1928; Actes, 8. Session 1956, Den Haag, 1957; Actes et Documents. 9. Session 1960, Bd. III, Den Haag, 1961; Actes et Documents, 10. Session 1964, Bd. II. Den Haag, 1965;
- G.C. Cheshire, PIL Cheshire, Cheshire's Private International Law, 8. Aufl. London, 1970;
- Daloz, Répertoire, Daloz, Répertoire de Droit International, Encyclopédie juridique, 2 Bde., Paris, 1968;
- Dölle, IPR Dölle, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1972;
- ders., Einheitliches Kaufgesetz und IPR, RabelsZ 32 (1968), 438 ff.;
- ders., Gleichberechtigung Dölle, Gleichberechtigung der Geschlechter und IPR, vorläufige Stellungnahme des Max-Planck-Institutes für ausl. und int. Privatrecht, RabelsZ 18 (1953), 119 f;
- ders., Die 7. Haager Konferenz, RabelsZ 17 (1952), 161-211;

- Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse
Dölle, Die Persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten im deutschen IPR, RabelsZ 16 (1951), 360 - 386;
- ders., Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, Ffschr. Kaufmann (Stuttgart, 1950), S. 19 - 47;
- Dorenberg, Hinkende Rechtsverhältnisse im int. FamR. (Diss. Berlin, 1968);
- Drobnig, Diskriminierungsverbot
Verstößt das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWGV?, RabelsZ 34 (1970), 636 - 661;
- Dumoulin, Vereinheitlichung des intern. Ehegüter- und Erbrechts, RabelsZ 28 (1964), 425 ff.;
- Entholt, Zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland im Sinne des § 606 ZPO, NJW 52, 292 ff.;
- Ferid, Zum Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über das IPR in den Benelux-Staaten, StAZ 1969, 241 - 252.;
- ders., Wechselbeziehungen
Ferid, Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, Ffschr. Dölle, Bd. II (1963), S. 119 - 148;
- ders., Die 9. Haager Konferenz, RabelsZ 27 (1962), 411 - 455;
- ders., Zur Kollisionsrechtlichen Behandlung von Inländern mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit, RabelsZ 23 (1958), 498 - 514;
- ders., Neubürger
Ferid, Der Neubürger im IPR, Berlin-Tübingen, 1949;
- Ficker, Die 10. Haager-Konferenz, RabelsZ 30 (1966), 606 - 641;
- ders., Verknüpfung
Ficker, Verknüpfung von Anknüpfungen? Ffschr. Nipperdey, Bd. I (1965), Berlin-München, 1965;
- ders., Der Name der geschiedenen Ehefrau im deutschen IPR, RabelsZ 16 (1951), 32 - 43;

- Firsching, Zum Entwurf eines Gesetzes über das auf den ehelichen Güterstand anzuwendende Recht, FamRZ 68, 631 - 637;
- ders., Grundzüge des internationalprivatrechtlichen Familien- und Erbrechts, einschließlich des internationalen Verfahrensrechts, DRpfl. 71, 377;
- Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970), 547 - 584;
- Foelix, Traité de Droit International Privé, 3. Aufl., Paris, 1856;
- Francescakis, Divorce, Francescakis, Divorce, in: J.Cl. Droit Int., Bd. VI., Fasc. 547, B.;
- ders., Avatars, Francescakis, les Avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel, in: Travaux Du Comité Français de d.i.p., (Session v. 22.4.1964), 1962 - 1964, S. 291 - 315, (Paris, 1965);
- Frankenstein, projet, Frankenstein, Projet d'un Code Européen de Droit International Privé, Leiden, 1950;
- ders., IPR, Frankenstein, Internationales Privatrecht, 3 Bde., Berlin, 1926 - 1935;
- Gamillscheg, Reform, Gleichberechtigung der Frau und Reform des int. Eherechts, RabelsZ 33 (1969), 654 - 709;
- ders., Unwandelbarkeit, Gamillscheg, Die Unwandelbarkeit im int. Ehegüterrecht, F Schr. Bötticher S. 143 - 158, Berlin, 1969;
- ders., Anm. JZ 63, 22 ff.
- ders., Internationales Arbeitsrecht, Berlin-Tübingen, 1959;
- ders., Dumoulin Gamillscheg, Der Einfluß Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, Berlin-Tübingen, 1955;
- Gernhuber, FamR, Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts 2. Aufl., München, 1971;

- Goodrich-Scoles Handbook of the Conflict of Laws,
5. Aufl., St. Paul, Minn., 1964;
- M. Gutzwiller Internationalprivatrecht, Basel-Zürich,
1931;
- ders., Savigny, Gutzwiller, Der Einfluß Savignys auf
die Entwicklung des International-
privatrechts, Freiburg/Schweiz, 1923;
- P.M. Gutzwiller, Ziel Gutzwiller, Von Ziel und Methode des
und Methode IPR, in: Schw. Ib.Int.R. 25-1968
(1970), 161 ff.
Zürich, 1970;
- Heini, Strömungen, Heini, Neuere Strömungen im Amerikani-
schen IPR, in: Schw.Jb.Int.R. 19-1962
(1964), 31 ff., Zürich, 1964;
- Henrich, Domizilbegriff, Henrich, Der Domizilbegriff im engli-
schen internationalen Privatrecht,
RabelsZ 25 (1960), 456 - 495;
- Herz, Das Gesetz über den ehelichen Güter-
stand von Vertriebenen und Flüchtlin-
gen, DNotZ 70, 134 - 144;
- K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der
BRD, 4., neubearb. Auflage, Karlsruhe,
1972.
- Hoffmann, Zum Jahreswechsel, StAZ 72, 3 ff.;
- Jayme/Kronke, Zur Anknüpfung der Unterhaltspflicht
bei verschiedener Staatsangehörig-
keit der Ehegatten, FamRZ 73, 174 ff.;
- Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl.,
Berlin, 1929;
- Joerges, Funktionswandel Joerges, Zum Funktionswandel des
Kollisionsrechts, Berlin-Tübingen,
1971;
- Kallenborn, Die Prozesskostenvorschußpflicht
unter Ehegatten im internationalen
und ausl. Privatrecht. Köln-Berlin-
Bonn-München, 1968;
- M. Kaser, Das Römische Privatrecht, I. Abschnitt
München, 1955;
- F. Kahn, Abhandlungen zum IPR, hrsg. v. O.
Lenel und H. Lewald, Bd. I, Berlin,
1928;

- Kegel, IPR Kegel, IPR, 3. Aufl., München 1971, und Voraufgabe, München 1964;
- Kegel-Lüderitz, Hindernis des Bandes für Ausländer trotz Scheidung in Deutschland? FamRZ 64, 57 ff.;
- Kollewjin, Chronique de Jurisprudence néerlandaise relative au d.i.p., hier Entscheidung des Trib. de Leurwarden v. 23.4.1964, Clunet 96 (1969), 958 ff.;
- Korkisch, Staatsangehörigkeitsgrundsatz Korkisch, Der Staatsangehörigkeitsgrundsatz im Kollisionsrecht, Ftschr. Dölle Bd. II (1963), S. 87 ff.;
- Kropholler, Erste Erfahrungen mit dem Haager Minderjährigenschutzabkommen, NJW 72, 371;
- ders., Das Haager Minderjährigenschutzabkommen, Ein neuer Ansatz im deutschen IPR?, NJW 71, 1721.;
- ders., Vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum Aufenthaltsprinzip, JZ 72, 16;
- ders., Batiffol - Klassiker des IPR, RabelsZ 33 (1969), 94 ff.;
- ders., Ein Anknüpfungssystem für das Deliktstatut, RabelsZ 33 (1969), 601 - 652;
- ders., Minderjährigenschutzabkommen Kropholler, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen, (Diss. München, 1966);
- Lainé, Introduction au droit international privé, 2 Bde., Paris I 1888, II 1892;
- Laube, Wohnsitz Laube, Wohnsitz und Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsbegriffe im IPR, (Diss. Zürich, 1961);
- Lauterbach, Hrsg. Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen (Eherechts, Berlin-Tübingen 1962; Kindschafts Vormundschafts-, Pflegschaftsrecht, Berlin-Tübingen 1966; Erbrecht, Berlin-Tübingen 1969; Personen- und Sachenrecht, Berlin-Tübingen 1972); im Auftrag des Deutschen Rates für IPR.
- Lewald, Règles générales des Conflicts des lois, Basel, 1941;

- Lüderitz, Gleichberechtigung
Lüderitz, Erneut: Gleichberechtigung im internationalen Ehe recht, FamRZ 70, 169 ff.;
- R. Lüderitz,
Ehen mit Gastarbeitern aus Mittelmeerstaaten, FamRZ 66, 285 ff.;
- Luther,
Die sog. "Tondern-Ehen", RabelsZ 34 (1970), 679 ff.;
- Maak,
Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes im geltenden Bundesrecht, (Diss. Göttingen, 1954);
- Makarov,
Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 2. Aufl. Berlin-Frankfurt, 1971;
- ders., Gleichbehandlungsgrundsatz
Makarov, Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das IPR, Eranion für Maridakis, Bd. III. (1964), S. 231 ff.;
- ders., Allg. Lehren
Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 2. Aufl, Stuttgart, 1962;
- ders., Quellen
Makarov, Quellen des IPR, 2 Bde., 2. Aufl., Berlin-Tübingen, 1953/1960;
- ders.,
Die Gleichberechtigung der Frau und IPR, RabelsZ 17 (1952), 382 ff.;
- Å. Malmström,
Staatsangehörigkeitsprinzip und Wohnsitzprinzip im Schwedischen IPR, Fschr. Rheinstein ("Jus privatum gentium") Tübingen, 1969;
- Mann,
Der gewöhnliche Aufenthalt im IPR, JZ 56, 466 - 470;
- Mancini,
Diritto internazionale. Prelezioni, Napoli, 1873;
- ders.,
"De L'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux un certain nombre de règles générales du droit international. privé pour assurer la décision uniforme des conflicts entre les différentes législations civiles et criminelles.", Clunet 1 (1874), 285 - 304
- McClellan, Meaning
McClellan, The Meaning of Residence, Int. Comp .L.Q. 11 (1962), 1153-1168;

- Meili-Mamelok, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen, Zürich, 1911;
- Melchior, Die Grundlagen des deutschen IPR, Berlin-Leipzig, 1932;
- Mitteis-Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 10. Aufl. München-Berlin, 1966;
- Mößlang, Wohnsitz Mößlang, Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im Kollisionsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Englands, Frankreichs und Deutschlands, (Diss. München, 1964);
- Fr. Mommsen, Entwurf Fr. Mommsen, "Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland das Verhältnis des inländischen Rechts zu dem ausländischen zu normieren?", AcP 61 (1878), 149 ff.;
- Müller, Gesamtverweisung Müller, Zum Problem der Gesamtverweisung. F Schr. zum 50jährigen Bestehen des Institutes für ausl. und intern. Privat- und Wirtschaftsrecht d. Universität Heidelberg, Heidelberg 1967. ("Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung")
- Müller-Freienfels, Zum räumlich-persönlichen Geltungsbereich der Haager IPR-Übereinkommen, insbesondere des Übereinkommens über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anwendbare Rechte v. 24.10.1956, F Schr. H.G. Ficker, Frankfurt 1967, S. 289 - 336;
- ders., Scheidungsstatut Müller-Freienfels, Scheidungsstatut und Gleichberechtigung JZ 57, 141 - 148;
- Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, hrsg. und bearbeitet von Mugdan. Bde. 1-5 (1899);
- Nagel, Entgegnung, RabelsZ 22 (1957), 183 - 186
- Neuhaus, Zum Schwind'schen Entwurf eines österreichischen IPR-Gesetzes, ZFRV 13 (1972), 81 - 90;
- ders., Rez., RabelsZ 36 (1972), 372 ff.;
- ders., Anm., RabelsZ 35 (1971), 748 ff.;
- ders., Neue Wege Neuhaus, Neue Wege im europäischen IPR? RabelsZ 35 (1971), 401 ff.;

- Neuhaus, Rez., RabelsZ 35 (1971), 392;
- ders., Rez., RabelsZ 32 (1968), 555;
- Neuhaus/Rau, Das internationale Privatrecht im neuen portugiesischen Zivilgesetzbuch, RabelsZ 32 (1968), 500 ff.;
- ders., Zur "staatsangehörigkeitsrechtlichen Mischehe", FamRZ 67, 315;
- ders., Europäisches Familienrecht? Fschr. Dölle II (1963), S. 419 ff.;
- ders., Um die Reform des deutschen internationalen Eherechts, FamRZ 62, 415 - 418;
- ders., Grundbegriffe Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, Berlin-Tübingen, 1962;
- ders., Familieneinheit Neuhaus, Familieneinheit im IPR, RabelsZ 20 (1955), 52 ff.;
- Neuhaus, Das internationale Privatrecht im italienischen Zivilgesetzbuch v. 1942, RabelsZ 15 (1949), 22 ff.;
- Neumeyer, Entwicklung Neumeyer, Die gemeinrechtliche Entwicklung des int. Privat- und Strafrechts bis Bartolus; 1. Stück, Geltung der Stammesrechte in Italien, München, 1901;
- Neuner, Anknüpfung Neuner, Die Anknüpfung im IPR, RabelsZ 8 (1934), 81 - 120;
- ders., Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm, Prag, 1932;
- Niboyet, Cours Niboyet, Cours de D.i.p. Français, 2. Aufl., Paris, 1949;
- ders., Traité Niboyet, Traité de D.i.p. Français, 1. Aufl. Bd. III, Paris, 1945;
- Niederer, Einführung in die allg. Lehren des IPR, 2. Aufl., Zürich, 1956;
- Niemeyer, Vorgeschichte, Materialien Niemeyer, Zur Vorgeschichte des IPR im Bürgerlichen Gesetzbuch (sog. "Gebhard'sche Materialien"), München-Leipzig, 1915;

- | | |
|-----------------------------------|--|
| Nußbaum, IPR | Nußbaum, Deutsches IPR, Tübingen 1932; |
| Oppermann, | Europäische Gemeinschaften und Europa-recht, JZ 73, 41 ff; |
| v. Overbeck, Übersicht | v. Overbeck, Übersicht über schweize-rische Literatur zum IPR, in: Schw.Jb. Int.R. 16-1969/70 (1971), S. 345 ff, Zürich, 1971; |
| v. Overbeck, la professio juris | v. Overbeck, La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit int. pr., in: Fschr. Baron Louis Frédéricque, Bd. II, S. 1085, Gent, 1966; |
| Palandt-Bearbeiter | Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 32. Aufl., München-Berlin, 1972; |
| Papenfuß, gewöhnlicher Aufenthalt | Papenfuß, Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen und interlokalen Privatrecht, (Diss. Göttingen, 1963); |
| Petersen, | Die 8. Haager Konferenz, RabelsZ 24 (1959), 30 - 43; |
| Pillet, | Traité pratique de d.i.p., Bd. 1, Grenoble-Paris, 1923; |
| Poisson, | Le divorce international dans la jurisprudence française des dix dernières années, in: Ned.T.Int.R. 19 (1972), 240 ff; |
| Raape, IPR | Raape, IPR, 5., Neub. Auflage, Berlin-Frankfurt, 1961; |
| E. Rabel, Conflict | E. Rabel, The Conflict of Laws, 4 Bde., (1958 - 1964), ins. Bd. I (2. Aufl.); |
| Rabel, Qualifikation | Rabel, Das Problem der Qualifikation, RabelsZ 5 (1931), 241 ff; |
| Reichelt, | Der neue französische IPR-Entwurf, ZfRV 12, (1971), 249; |
| Restatement Sec. | The American Law Institut, Restatement of the law second, Conflict of laws, Part. I, Philadelphia, 1967; |
| Römer, | Gesetzesumgehung im deutschen IPR, Berlin, 1955; |
| F.C. v. Savigny, System, Bd. VIII | v. Savigny, System des heutigen römi-schen Rechts, Bd. VIII, Berlin, 1849; |

- Scheucher, Rez., ZFRV 7 (1966), 254 f.;
- ders., Das Haager Testamentsabkommen, ZFRV 5 (1964), 216 - 223 und ZFRV 6 (1965), 85 ff.;
- Schmid, Herrschaft Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, Jena, 1863;
- Schmitthoff, Prinzipien-
gestaltung Schmitthoff, Der Einfluß außerrechtlicher Elemente auf die Prinzipien-
gestaltung des engl. IPR, ZFRV 11 (1970), 81 ff.;
- ders., The English Conflict of Laws, 3. Aufl. London, 1954;
- Schmitz, Der Name der Ehefrau im IPR, NJW 72, 988 - 993;
- Schnitzer, IPR Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, 2 Bde., 4. Aufl., Basel, 1957;
- Schröder, Zuständigkeit Schröder, Internationale Zuständigkeit, Opladen, 1971;
- Schröder Zum Namenserwerb einer staatsangehörigkeitsrechtlichen gemischten hinkenden Ehe, StAZ, 70, 68 f.;
- Schurig, Das neue englische Gesetz über die Anerkennung ausländischer Scheidungen, FamRZ 72, 288;
- Schwind, Entwurf eines Bundesgesetzes über das intern. Privat- und Prozessrecht, ZFRV 12 (1971), 161;
- ders., Die Haager Adoptionskonvention, StAZ 65, 33 ff.;
- ders., Staatsbürger-
schafts-Gesetz Schwind, Österreichisches Staatsbürger-
schafts-Gesetz und IPR, Fschr. Ficker (1968), S. 454;
- ders., Der Haager Vorentwurf eines interna-
tionalen Adoptionsabkommens, StAZ 64, 29 ff.;
- ders., Raum und Zeit Schwind, Raum und Zeit im internatio-
nalen Privatrecht, Fschr. Dölle, Bd. II (1963), S. 105 ff.;

- Siehr, lex-fori-Theorie Siehr, Ehrenzweigs lex-fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970), 585 - 635;
- Siegrist, Gleichberechtigung Siegrist, Gleichberechtigung von Mann und Frau und IPR, RabelsZ 24 (1959), 54 - 114;
- Simitis, Zur Namensführung der verheirateten Frau im int. Ehe recht., StAZ 71, 33 - 37;
- ders., Die internationale Kommission für das Zivilstandswesen (C.I.E.C.), in: RabelsZ 33 (1969), 30 ff.;
- Soergel-(Siebert)-Bearbeiter Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1970/71, Einführungsgesetz bearbeitet von Kegel, Art. 7 - 31;
- Sonnenberger Sind die Familien-rechtsartikel des EGBGB mit dem GG vereinbar? MDR 1964, 283 - 285;
- ders., GG Sonnenberger, Die Bedeutung des GG für das deutsche IPR, (Diss. München, 1962);
- Staud.-Bearbeiter Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9., neub. Auflage, Bd. VI (Einführungsgesetz), bearbeitet von Raape, München-Berlin-Leipzig, 1931. 10./11. Aufl., Berlin 1964/1973, Internationales Privatrecht Bd. II, Artt. 13 - 17 EGBGB. bearb. von Gamillscheg;
- Stein-Jonas-Bearb., Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, Bd. II, 19. Aufl., Tübingen, 1972;
- Steindorff, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes (1965);
- ders., Sachnormen Steindorff, Sachnormen im IPR, Frankfurt, 1958;
- Stoll, Entgegnung, RabelsZ 22 (1957), 187 - 193;
- Sturm Scheidung und Wiederheirat von Spaniern in der Bundesrepublik, RabelsZ 37 (1973), 61 - 78;
- ders., Durchbruch Sturm, Durchbruch der Grundrechte in Fällen mit Auslandsberührung, FamRZ 72, 10;

- Sturm, Gleichberechtigung Sturm, Zur Gleichberechtigung im deutschen int. Privatrecht, in: Ftschr. zum 50jährigen Bestehen des Inst. f. ausl. und int. Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg, 1967;
- E. Suhr, Das Recht des Personalstatutes im Zeichen der europäischen Integration, (Diss. Hamburg, 1967);
- Supplément Institut interuniversitaire deDroit internationale, T.M.C. Asser-Institut: Les nouvelles Conventions de la Haye. Leur application par les juges nationaux. Leiden, 1972;
- Verhandlungen Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentages. Bd I (1886) Gutachten v. O. Bähr S. 82 ff und L.v. Bar S. 95 ff. Bd. II: Stenographische Berichte, Jacques S. 107 ff., Dr. Fels S. 125;
- Vischer, mariage mixte Vischer, Mariage mixte und dieEhe-scheidung im IPR. Ftschr. Gutzwiller ("Jus es Lex"), Basel, 1959;
- Volkmar, Die familien- und erbrechtlichen Beschlüsse der 6. Haager Konferenz über IPR, JW 1928, 857 ff.;
- Vorschläge und Gutachten vgl. Lauterbach, Hrsg.
- Wächter, Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, ACP 24 (1841), 230 ff und AcP 25 (1842), 1 ff, 161 ff, 361 ff;
- Wahl, Entwicklung E. Wahl, Zur Entwicklung des Personalstatutes im europäischen Raum: in "Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung", S. 123 ff.;
- Wengler, Anm., NJW 72, 1001;
- ders., Anm., JZ 66, 177;
- ders., Anm., NJW 63, 593;
- ders., Anm., NJW 63, 2230;
- ders., Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des IPR und ihre Kollisionen, Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. 23 (1944), 473 ff.;

- Wieacker, Privatrechts-
geschichte Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,
2. neubearbeitete Auflage. Göttingen,
1967;
- Wiethölter, ordre public Zur Frage des Ordre Public, in:
Berichte der deutschen Gesellschaft
für Völkerrecht, Bd. 7/8 (1967), 133,
162;
- de Winter, Nationality De Winter, Nationality or Domicil, in:
Rec. des Cours 128 III (1969), 347 -
503;
- Martin Wolff, IPR M. Wolff, Das Internationale Privat-
recht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin-
Göttingen-Heidelberg, 1954;
- Wuppermann Einige Gedanken zum Haager Minderjäh-
rigenschutzabkommen, FamRZ 72, 247;
- Zitelmann, Internationales Privatrecht, 3 Bde.,
1897 - 1912;
- Zweigert, Auswirkungen Zweigert, Einige Auswirkungen des
gemeinsamen Marktes auf das int.
Privatrecht der Mitgliedsstaaten,
F Schr. Hallstein, S. 555, Frankfurt
1966;
- Zweigert, Die neuere Wissenschaftsgeschichte des
Kollisionsrechts. Die Dritte Schule
im internationalen Privatrecht.
F Schr. Raape, Hamburg, 1948.

Abkürzungsverzeichnis

(Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des EGBGB)

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
A.C.	The Law Report, Appeal Causes
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AHKG	Gesetz der Alliierten Hohen Kommission für Deutschland
All.E.R.	The All England Law Report
Anm.	Anmerkung
Ann. Inst. Dr. Int. Annuaire	Annuaire de L'Institut de Droit Inter- national
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
C.	Codex Justinianus
Can.	Canon
C.civ.	Code civil
Civ.	Urteil der Zivilkammer des Cour de Cassation
Clunet	Journal du droit international
D	Dalloz, Recueil de doctrine, de jurisprudence et de législation
D.	Digesten
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
d.i.p., dr.int.pr.,	droit international privé
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
D.P.	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence de législation et de doctrine
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRpf.	Der Deutsche Rechtspfleger
DVO	Durchführungsverordnung
EG, EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG	Ehegesetz
ErbSchStG	Erbschaftssteuergesetz
Ev.Bl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreich)

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaften (EWG-Vertrag)
f., ff.	folgende Seite, Seiten
FamR	Familienrecht
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule
FN	Fußnote
Fschr.	Festschrift
GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
ILR	Interlokales Recht
int.	international
Int.Comp.L.Q.	The International and Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtssprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts 1965/66; 1967/68 (1970); 1969 (1971); 1970 (1971)
i.S.	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
IzRspr.	Sammlung deutscher Entscheidungen zum internationalen Privatrecht
J.C.P.	Juris-Classeur périodique
J.Cl. Droit Int.	Juris-Classeur de Droit International (Paris 1952), Loseblatt
Jhdt.	Jahrhundert

JherJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Ls	Leitsatz
mE	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Nachw.	Nachweis
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (Schweiz)
Ned.T.Int.R.	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
N.J.	Nederlands Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAG	Oberappellationsgericht
OGH	Oesterreichischer Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OT	Obertribunal
P.	The Law Reports, Court of Probate, Divorce and Admiralty
P.I.L.	Private International Law
Paris	Cour d'appel de Paris

P.V.	Proces verbal
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. von Rabel
RAO	Reichsabgabenordnung
Rec. des Cours	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
Rspr.	Rechtssprechung
Rép. Dalloz Dr. Int.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international Band I (1968) Bd. II (1969)
Rest.	Restatement Second
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé
Rev. d.i.p.	Revue de droit international privé
Rez.	Rezension
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
Rndr.	Randnummer
Rspr.	Rechtssprechung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
S.	siehe, section
S.	Recueil Sirey
Schw.Jb.Int. R.	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
Seuff. Arch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sec.	Section
Sess.	Session
StAZ	Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen

StAnpG	Steueranpassungsgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtssprechung
Supplément	Supplément
Trib.	Tribunal
ua.	und andere
usw	und so weiter
v.	vom, versus
VO	Verordnung
Vor	Vorbemerkung
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Österreich)
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZöffR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
zZt	zur Zeit

Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich erneut mit dem alten Problemkreis der Anknüpfungspunkte im Personalstatut. Das Interesse an dieser Problematik beruht im wesentlichen darauf, daß, wie von berufener Seite behauptet wird, das "Schicksal des internationalen Ehrechts unsicherer ist denn je", und daß es vor "einer vielleicht tiefgreifenden Umgestaltung steht."¹⁾

Im Bereich der Artt. 13 - 17 EGBGB sind im Verlauf der letzten Jahre Entscheidungen der höchsten Gerichte ergangen, die für die kollisionsrechtliche Entwicklung von besonderer Bedeutung sind. Das Bundesverfassungsgericht hat im Beschluß vom 4. Mai 1971 die Verfassungsmäßigkeit der Artt. 15 - 17 EGBGB und der hM zu Art. 14 EGBGB in Frage gestellt, wo vorrangig an das Heimatrecht des Mannes angeknüpft wird. Das Oberlandesgericht Hamburg²⁾ billigt - unter Berufung auf den Bundesgerichtshof³⁾ - in der Frage des Ehenamens der Frau die Anwendung des § 1355 BGB, weil ein spanisch-thailändisches Ehepaar seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik hatte, und die Umweltbezogenheit des Namens die Anwendung des Rechts der Umwelt erfordere. In der Anmerkung zur Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Juni 1971 fragt Neuhaus kritisch, ob das Gericht nicht hätte offen sagen können, daß die Ablehnung einer Ehe aus Rücksicht auf das ausländische Heimatrecht eines Verlobten dann unerträglich sei, wenn dieser Partner seinen

1) vgl. Staud.-Gamillscheg, Vorwort S. IX

2) vgl. OLG Hamburg vom 29.6.1972 StAZ 1973, 71 ff

3) vgl. BGH v. 12.5.1971 RabelsZ 35 (1971), 741 ff

gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, die Ehe also hier geführt werden soll.¹⁾

In der Literatur ist die Entwicklung nicht weniger lebendig. So wird gesagt, das "überständige, faulende Staatsangehörigkeitsprinzip gefährde das ganze IPR" ²⁾, "der Zusammenbruch des Staatsangehörigkeitsprinzips erfolge unaufhaltsam, die meisten deutschen Juristen - einschließlich der Gerichte hätten es nur noch nicht gemerkt".³⁾

Andere tragen unter Hinweis auf die jüngere Tradition der Haager Abkommen, in denen vorwiegend an die "résidence habituelle" und nicht mehr an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, vor, die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt biete einen neuen Ansatz für die Lückenfüllung im IPR.⁴⁾ Schließlich wird vorgetragen, nur das Wohnsitzprinzip entspreche den veränderten Verkehrsbedingungen, der gesteigerten Fluktuation und den Bevölkerungsverschiebungen, oder der Übergang zum Domizilprinzip ergebe sich

1) vgl. Schweiz. BG v. 3.6.1971, BGE 97 I 389 = BGE RabelsZ 36 (1972), 358 ff, Anm. Neuhaus aaO, 372

2) vgl. Neuhaus, RabelsZ 36 (1972), 372

3) vgl. Neuhaus, RabelsZ 35 (1971), 750; ferner Neuhaus, Neue Wege S. 416, wo es heißt, das Staatsangehörigkeitsprinzip führe immer wieder vor die mißliche Wahl zwischen einem unvernünftigen Ergebnis und einem Umgehungsmanöver, und es sei zu einem großen Teil schuld an der Diskreditierung des IPR als formalistisch und rabulistisch. Schneider, StAZ 70, 68 rügt den BGH wegen einer "misanthropischen Judikatur", weil dieser bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten im Bereich des Art. 14 EGBGB an das Heimatrecht des Mannes angeknüpft hatte.

4) vgl. Kropholler, JZ 72, 16;

aus der "Tendenz der Zeit, dem Menschen die Freiheit zu gewähren, unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit sich selbst das Lebensmilieu und somit die Rechtsordnung auszusuchen".¹⁾

Diese Kritik eröffnet ein breites Aufgabengebiet, aus dessen Bereich zwei Kardinalfragen zu beantworten sind: Einmal, ob die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der angeführten Kritik überhaupt standhält, oder ob nicht generell ein Übergang zum Domizilprinzip (gewöhnlicher Aufenthalt) wünschenswert erscheint, weil dies außerrechtliche und tatsächliche Veränderungen (zB wirtschaftliche Verflechtung in Verbindung mit dem Gastarbeiterproblem, Europäische Integration, Ausbau des Verkehrswesens usw) und die Tatsache nahelegten, daß staatsangehörigkeitsrechtliche Mischehen sprunghaft ansteigen und die Zahl der Mehrstaater wächst.

¹⁾ vgl. Braga, Wohnsitz S. 38

Eine Entscheidung für das eine oder andere Prinzip auf Grund einer pauschalen Gegenüberstellung und einer allgemeinen Abwägung der Vor- und Nachteile wird hierbei bewußt nicht angestrebt, da dieses Problem in der Vergangenheit erschöpfend dargestellt wurde,¹⁾ mit der Erkenntnis, daß beide Anknüpfungen ihre Vorzüge und ihre Nachteile haben und nicht einfach gegeneinander auszuwechseln sind.²⁾

Die zweite Frage, ob nicht das Staatsangehörigkeitsprinzip und das Wohnsitzprinzip als gleichberechtigte Anknüpfungsprinzipien zur Anwendung kommen können, stellt sich, wenn die Untersuchung zu dem Ergebnis führt, daß die Staatsangehörigkeitsanknüpfung der vorgebrachten Kritik standhält.

Die gleichberechtigte Verwendung beider Prinzipien könnte in zweifacher Hinsicht angebracht sein. Zunächst in der Weise, daß die bisher weitgefaßten Systembegriffe des internationalen Eherechts (Eheschließung, persönliche Ehwirkungen, eheliches Güterrecht, Ehescheidung) mit der generellen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit

- je nach der typischen Funktion von Normgruppen - aufgelockert werden, und daß die aufgespaltenen Teilbereiche
- je nach ihrer Funktion - an die Staatsangehörigkeit oder an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft werden.

Dies würde dazu führen, daß das typische Rechtsinstitut mit der typischen Anknüpfung verbunden würde, eine Methode, wie sie bereits dem Konzept des geltenden Kollisionsrechts zugrundeliegt, und deren Verfeinerung früher bereits Rabel gefordert hat: "Das Kollisionsrecht verfügt über den ganzen Reichtum an Mitteln, den ein Rechtssystem nur haben kann. Insbesondere

1) vgl. Rabel, Qualifikations§268. Im Anschluß an Rabel auch Braga, Kodifikationsgrundsätze S. 425 ff.

2) vgl. dazu zB Staud.-Gamillscheg, Bem. 111 vor Art. 13. Die Vor- und Nachteile beider Prinzipien sind schon ausführlich dargestellt bei Niemeyer, Materialien S. 54 ff; ferner ders., Vorgeschichte S. 56 - 58, 304; Braga, Wohnsitz S. 55: das Staatsangehörigkeitsrecht könne nicht einfach durch das Wohnsitzrecht ersetzt werden. Vgl. auch v. Overbeck, Übersicht S. 367

kann man die Kollisionsvorschriften vermehren, sie in gleichgeordnete oder in Haupt- und Hilfsnormen spalten ..."

Zum anderen in der Weise, daß, wo die Staatsangehörigkeitsanknüpfung im Hinblick auf die Funktion der jeweiligen Normgruppe als die "richtige" Anknüpfung erscheint, aber negative Begleiterscheinungen mit sich bringt, die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt als zusätzliche ergänzende Anknüpfung die Mängel der Staatsangehörigkeitsanknüpfung überbrücken und heilen soll.

Insgesamt handelt es sich um die Verfeinerung der "Schwerpunkts-Bestimmung" generell geregelter Lebenssachverhalte oder abstrakter Rechtsverhältnisse, die man mit dem treffenden Satz Rabels charakterisieren kann: "Ein gesunder und zukunftsreicher Zug geht dahin, auf induktivem Wege für jeden juristischen Typus die ihm entsprechende Kollisionsnorm zu finden." ¹⁾

¹⁾ vgl. Rabel, Qualifikation S. 258

Hauptteil

Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt als funktionelle Anknüpfungspunkte im Bereich des internationalen Eherechts, Artt. 13 - 17 EGBGB

Erstes Kapitel: Geschichtliche Entwicklung des Personalstatutes.
Kritik an der Staatsangehörigkeitsanknüpfung

§ 1 Herrschaft des Personalitätsprinzips und des Territorialitätsprinzips bis zum Inkrafttreten des EGBGB

Der seit etwa hundert Jahren bestehende Konflikt zwischen der Anknüpfung an den Wohnsitz (Territorialitätsprinzip) und der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit (Personalitätsprinzip) im Bereich der persönlichen Rechtsverhältnisse (Personalstatut) ¹⁾ wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts wenigstens vorläufig zugunsten der Staatsangehörigkeitsanknüpfung entschieden. Das EGBGB läßt das Heimatrecht der betreffenden Person über ihre Geschäftsfähigkeit (Art. 7), über die Voraussetzungen der Eheschließung (Art. 13) und im gesamten übrigen Bereich des internationalen Ehe-Familien- und Erbrechts entscheiden. Daher kann man sagen, im deutschen IPR liege der Schwerpunkt auf dem Personalitätsprinzip, nicht auf dem Territorialitätsprinzip.

1) Unter "Personalstatut" wird das auf die persönlichen Angelegenheiten anwendbare Recht verstanden. Es umfaßt als solches auch das "Eheschließungsstatut", das "Ehewirkungsstatut", das "Güterrechtsstatut" und das "Ehescheidungsstatut", weil es hier im wesentlichen um persönliche Angelegenheiten geht. Näheres zum Begriff: Kegel, IPR S. 170; Neuhaus, Grundbegriffe S. 135

Die moderne Forderung, das herrschende Staatsangehörigkeitsprinzip durch das Wohnsitzprinzip zu ersetzen, den Vorrang des Personalitätsprinzips zugunsten des Territorialitätsprinzips zu brechen, wird durch den folgenden geschichtlichen Rückblick beleuchtet. Es wird versucht zu zeigen, in welchen Geschichtsabschnitten das Personalitätsprinzip oder das Territorialitätsprinzip zur Geltung kam; ob zwischen der geschichtlichen Situation und dem einen oder anderen Prinzip ein innerer Zusammenhang hergestellt werden kann, wie die Anknüpfungen begrifflich ausgestaltet waren und schließlich, in welchem Verhältnis beide Prinzipien zueinander standen, wenn sie als konkurrierende Anknüpfungen auftraten.

In diesem Zusammenhang ist weiter von besonderem Interesse, ob Personalitäts- und Territorialitätsprinzip (Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip) zwangsläufig als Gegensätze¹⁾ aufgefaßt werden müssen, oder ob sie nicht nebeneinander, als gemeinsamer Ausdruck der Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft zur Anwendung kommen können.

¹⁾ vgl. Lüderitz, FamRZ 1970, S. 172 f, der auf Kegel, IPR 2. Aufl. S. 276 aufmerksam macht, wo Kegel den Gebrauch der Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsanknüpfung als "überlaufen zum Feind" bezeichnet. Im Zusammenhang mit der Kegel'schen Leiter (vgl. Kegel IPR S. 313) spricht Sturm, Gleichberechtigung S. 165 von einem "Sprung" vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum Aufenthaltsprinzip.

I. Römisches Recht

Auf dem Boden des Römischen Imperiums gab es bereits "Ansätze"¹⁾ von internationalem Privatrecht: Die einzelnen Stadtrechte unterschieden sich voneinander, und es bestand Rechtsverschiedenheit zwischen römischem Ius Civile und nichtrömischem Recht. Hierbei stellte sich die Frage, welches Recht für die persönlichen Rechtsverhältnisse²⁾ zwischen den Römischen Bürgern untereinander, zwischen Römischen Bürgern und Fremden³⁾ und zwischen Fremden untereinander zur Anwendung kommen sollte, falls vor einem römischen Gericht verhandelt wurde.

1. Allgemeine Kollisionsgrundsätze

Das römische Privatrecht war ausschließlich nationales Recht. Es galt grundsätzlich nur für die römischen Bürger. Fremde wurden hinsichtlich ihrer persönlichen Rechtsverhältnisse vor römischen Gerichten nach ausländischem Recht behandelt,⁴⁾ sofern sie nicht rechtlos waren.

1) vgl. zB Kegel, IPR S. 58 ff; Wolff, IPR S. 13;

2) vgl. dazu näher v. Savigny, System, Bd. VIII S. 12, 119; v. Savigny zählt darunter auch diejenigen Rechtsverhältnisse, die sich um den Mittelpunkt der "Person an sich" gruppieren, wie zB das Familienrecht.

3) Beide Fälle sind nach v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 19, zB gleich zu behandeln: jedesmal handele es sich um Kollisionen verschiedener Rechte. Heute wird die Unterscheidung zwischen interlokalem und internationalem Recht gemacht. v. Savigny, aaO hält diese Unterscheidung für unnötig.

4) Näheres bei v. Bar, Theorie und Praxis, Bd. I, S. 19 ff; Zum Verständnis sei erwähnt, daß sich das Bürgerrecht der Stadt Rom seit der Reform des Caracalla (212) (sog. "Constitutio Antonina") über Italien hinaus auch auf die Provinzen erstreckte. v. Savigny, System, Bd. VIII S. 55; ferner M. Kaser, Röm. PrivatR § 6 I. 1; § 50 S. 179 ff.

Soweit es sich um Rechtsverhältnisse zwischen Römern und sog. "privilegierten" Fremden handelte, zu denen "foedus" oder "amicitia" bestand, mußte unterschieden werden: betraf die Streitigkeit Verkehrs- oder Handelsfragen, galt ius gentium, handelte es sich dagegen um Fragen auf dem Gebiet des Familien-, Erb- oder Grundstücksrechts, so kam das Heimatrecht der Fremden gleichberechtigt mit römischem Recht, aber exklusiv zur Anwendung. Römisches Familien-, Erb- oder Grundstücksrecht blieb den Fremden unzugänglich. ¹⁾

So wurde die Ehefähigkeit eines römischen Bürgers nach Römischem Recht bewertet. Der Fremde konnte nicht aus einem römischen Testament erwerben. Ein Grundstück konnte ebenfalls nicht nach Römischem Recht auf einen Fremden übertragen werden. ²⁾

Mußten Rechtsverhältnisse unter römischen Bürgern entschieden werden, so kam das Recht derjenigen Stadtgemeinde zur Anwendung, dem die betreffenden Parteien angehörten. ³⁾ Zugehörigkeit zu einer Stadt lag vor, wenn der Betreffende entweder das Bürgerrecht ("origo") oder aber den Wohnsitz ("domicilium") in dieser Stadtgemeinde hatte.

Die "origo" wurde in erster Linie durch Abstammung oder Adoption erworben und blieb der Person während ihres ganzen Lebens erhalten. Mehrfache "origo" war möglich, in den meisten Fällen sogar üblich, da das römische Bürgerrecht durch die sog. constitutio Antonina über Italien hinaus auch auf die Provinzen erstreckt wurde. ⁴⁾

1) v. Bar. Theorie u. Praxis, I S. 19

2) vgl. dazu näher bei v. Bar, Theorie u. Praxis, I S. 19 ff., ferner Kaser, Römisches Privatrecht § 6 I, 1, S. 26 u. S. 179 ff

3) vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII S. 43 ff. Die übrigen Wirkungen einer Gemeindezugehörigkeit bestanden (a) in der Verpflichtung zur Übernahme städtischer Lasten (munera). (b) im Gehorsam gegenüber der städtischen Obrigkeit, insbesondere die Gerichtszuständigkeit.

4) v. Savigny, System, Bd. VIII S. 55

Das "domicilium" war der Wohnsitz eines Menschen an einem Ort, "den derselbe zum bleibenden Aufenthalt und dadurch zum Mittelpunkt seiner Rechtsverhältnisse und Geschäfte frei gewählt hat".¹⁾

2. Vorrang des personalen gegenüber dem territorialen Moment bei der Anknüpfung

Bei der "origo" ist die Frage nach dem Vorrang des personalen vor dem territorialen Moment einfach zu beantworten: Obwohl Savigny immer wieder davon spricht, daß die einzelne Person mit ihrem Rechtszustand durch die "origo" oder das "domicilium" an das Land gebunden sei, und hierdurch die Unterordnung unter ein territoriales Recht einer Stadt begründen würde, so geht andererseits aus Savignys Ausführungen selbst hervor, daß das Bürgerrecht ("origo") auf die Zugehörigkeit zu einem "engeren örtlichen Kreise einer Stadtgemeinde" aufgrund Herkunft, Adoption, Aufnahme hinweist. Dies zeigt: im Vordergrund steht nicht die Bindung des Rechtszustandes der Person an das Territorium, sondern an die menschliche Gemeinschaft einer Stadtgemeinde.²⁾

¹⁾ vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 58 unter Hinweis auf L. 7 C. de incolis (10.39);

²⁾ v. Savigny, System, Bd. VIII S. 46: "Es ist nunmehr zu bestimmen, wie jeder Einzelne Angehöriger einer Stadtgemeinde wird, also zu ihr in ein bestimmtes Verhältnis der Abhängigkeit tritt". Francescakis, auf den de Winter, Nationality S. 361 verweist, vergleicht daher, me zu Recht, die "origo" mit der modernen Staatsangehörigkeit: "nationalité avant la lettre". Auch M. Kaser, Römisches Privatrecht § 6 I, 1, S. 26, betont den Personalitätsgrundsatz im antiken Recht.

Neben der "origo" wird die einzelne Person "mit ihrem Rechtszustand" durch das "domicilium" an "das Land gebunden". Auf den ersten Blick scheint gerade beim Wohnsitz - wie es auch im geltenden Recht der Fall ist -¹⁾ die örtliche Beziehung zu einem Territorium das ausschlaggebende Motiv der Anwendung eines bestimmten Rechts zu sein.

Nach den Ausführungen Savignys setzt der Wohnsitz den bleibenden Aufenthalt an einem Ort voraus, und zwar stets in einem bestimmten Stadtgebiet. Savigny räumt ein, daß dieser Ort zugleich auch der Mittelpunkt der Rechtsverhältnisse einer Person und seiner Geschäfte sein müsse, stellt aber hauptsächlich auf die zeitliche Komponente ab: Der Aufenthalt müsse verbunden sein - als Unterscheidung vom "bloßen" Aufenthalt - mit der gegenwärtigen Absicht, daß er ein bleibender und immerwährender sein soll.²⁾ So wird weniger auf eine lebendige Verbindung zur Stadtgemeinde, als vielmehr nur auf die örtliche und zeitliche Beziehung mit dem Territorium Wert gelegt.

Demgegenüber wird aus Quellen, die Schröder³⁾ anführt, ein anderes Bild gezeichnet: Hier wird auf die Voraussetzung des "Mittelpunktes der Rechtsverhältnisse und der Geschäfte" großer Wert gelegt, also auf die lebendige Beziehung zu einer Rechtsgemeinschaft: so habe jemand dort einen Wohnsitz, wo er seine Geschäfte betrieb⁴⁾, wo jemand ortsansässig lebte⁵⁾, die Einnahmen und Ausgaben aufzeichnete⁶⁾, die Mehrzahl der Güter besaß⁷⁾, die Feste feierte⁸⁾ und die Hausgötter verehrte.⁹⁾

1) vgl. zB Palandt/Danckelmann, BGB Art. 7 Anm. 1 ff; ferner Mößlang, Wohnsitz, S. 5

2) Näheres zur Begriffsbestimmung des Wohnsitzes bei v. Savigny, System, Bd. VIII 3. S. 58 - 63 (§ 353) mit weiteren Hinweisen.

3) vgl. Schröder, Zuständigkeit S. 118 ff, mit vielen Hinweisen.

4) vgl. D. 50,1,27,1.

5) vgl. C. 10,39,7.

6) vgl. D. 50,16,203.

7) vgl. C. 3,24,2.

8) vgl. D. 50,1,27,1.

9) vgl. C. 3,24,2; C. 10,39,7.

Aus diesen Hinweisen dürfte zu entnehmen sein, daß die örtliche Beziehung zwar ein wichtiges, aber nicht das (neben dem zeitlichen Moment) ausschließliche Merkmal für das "domicilium" war. Eher dürfte dies als Hinweis darauf gewertet werden, daß Wohnsitz nur dort bestand, wo die örtliche, wirtschaftliche, kulturelle, religiöse und zeitliche Beziehung zur umgebenden Rechtsgemeinschaft vorhanden war.

3. Kollisionsrechtliche Behandlung der mehrfachen "origo" und des mehrfachen "domiciliums"

Wegen der Möglichkeit einer mehrfachen "origo" und der Anerkennung eines mehrfachen "domiciliums" ¹⁾ stellt sich die Frage, welche Beziehung die endgültig entscheidende ist.

Soweit es sich bei den Wirkungen der Stadtangehörigkeit um die städtischen Lasten("munera") handelte, war der Betreffende allen Stadtgemeinden gegenüber pflichtig ²⁾; soweit es sich um den vom Beklagtenwohnsitz abhängigen Gerichtsstand handelte, konnte der Kläger den ihm günstigsten wählen.

Schwieriger ist die Entscheidung bei der Frage des anwendbaren Rechts: Zuständigkeit und anwendbares Recht waren voneinander unabhängig. Der Kläger sollte seinen Rechtsstreit nicht über die Wahl eines Gerichtsstandes zu seinen Gunsten beeinflussen können. Savigny führt aus, dieselbe Person könne vor verschiedenen Obrigkeiten verklagt werden, je nach der Wahl des Klägers, sie könnte aber nicht nach verschiedenen, vielleicht ganz widersprechenden Rechtsregeln beurteilt werden. Es war also nur die Unterordnung unter ein örtliches Recht möglich." ³⁾

1) vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII S. 55; ders. aaO S. 63 f

2) vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII S. 86 ff;

3) vgl. aaO S. 86;

Diese Konkurrenzfrage wurde folgendermaßen gelöst:
Bei der Konkurrenz von "origo" und "domicilium" kam die betreffende "origo" zum Zuge. Diese sei das "engere", an sich höher stehende Band, verglichen mit dem von Willkür und Laune abhängigen "domicilium". Im übrigen sei sie das "frühere" Band. Für einen Statutenwechsel bestehe kein berechtigter Grund.

Bei der Kollision mehrfacher "origo" galt ebenfalls die zuerst erworbene. Savignys Argument: vom früheren Recht abzugehen bestehe kein Grund.¹⁾ Falls keine "origo" bestand, kam das Wohnsitzrecht zur Anwendung; falls es auch hieran fehlte, der letzte Wohnsitz, hilfsweise der Wohnsitz des Vaters.

Bei mehrfachem Wohnsitz²⁾ galt wiederum der ältere Wohnsitz, hilfsweise der Wohnsitz des Vaters.

Diese Ausführungen lassen mich darauf schließen, daß Savigny bei konkurrierenden Anknüpfungen vorwiegend die zeitliche Dauer entscheiden ließ. Nur die zeitlich längere Verbindung mit einer Stadtgemeinde schaffe auch das engere Band zu ihr. Von weiteren Merkmalen einer "engeren Beziehung" sieht Savigny ab. Dies ist verständlich, da er gerade beim "domicilium"-Begriff auch nur die örtliche und zeitliche Komponente im Auge hat. - Daß aber diese Ansicht den Kern der Anknüpfungsfrage nicht ganz trifft, wird im Laufe der Untersuchung deutlicher werden.

1) Bei dem Konflikt mit dem Bürgerrecht der Stadt Rom sollte ausnahmsweise nur das Recht der engeren Heimat zur Anwendung kommen, allerdings ohne weitere Begründung. Vgl. v. Savigny, aaO S. 88.

2) Die Konflikte bei mehrfachem Wohnsitz konnte Savigny nicht mehr unmittelbar aus den römischen Quellen ableiten, da mehrfacher Wohnsitz selten anzutreffen war. v. Savigny, System, Bd. VIII S. 64.

4. Ergebnis

Folgende Ergebnisse verdienen festgehalten zu werden: "origo" und "domicilium" werden keinesfalls als Gegensätze behandelt. Sie sind beide Ausdruck der Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft. Dies hat die Begriffsausgestaltung der "origo" und des "domiciliums" gezeigt. Die "origo" gibt der persönlichen Bindung zur Rechtsgemeinschaft Ausdruck; beim "domicilium" steht das territoriale Moment jedenfalls nicht als alleiniges Kriterium für die Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung im Vordergrund.

Bei beiden Anknüpfungen beruht die Intensität der Bindung auf der lebendigen menschlichen Beziehung zu einer Rechtsordnung; bei Konkurrenz der beiden Anknüpfungen entscheidet die zeitliche Verbindung mit einer Rechtsordnung: das ist meist die persönliche Verbindung aufgrund der "origo". Die länger dauernde Verbindung läßt die "engere Beziehung" vermuten.

Der Gedanke der Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft ist schon in dieser Zeit, wie es heute wieder von sehr vielen zeitgenössischen Schriftstellern gelehrt wird, die tragende Säule der Anknüpfungsproblematik: Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft¹⁾ aufgrund einer lebendigen Beziehung. Mit Henri Batiffol kann gesagt werden: "Qui dit société, dit droit". Dies gilt heute im nationalen wie im internationalen Bereich.

1) vgl. H. Batiffol, Aspects Nr. 140 S. 312; ähnlich auch Laube, Wohnsitz S. 92; früher: Jellinek, Allg. Staatslehre S. 129 ff; Batiffol, DIP Nr. 269 S. 325: "L'état d'une personne est sa situation légale dans une collectivité."

II. Das System der persönlichen Rechte

Das System der persönlichen Rechte im frühen Mittelalter beruhte auf dem Satz: "Jeder lebt nach dem Recht des Volkes, dem er durch die Abstammung angehört". Entscheidend war hierbei das Recht des Vaters.

Dogmatischer Ausgangspunkt war demnach das blutmäßige Band, welches den Stammesangehörigen mit dem Recht seiner Sippe verbindet. Jeder territoriale Gedanke fehlte.

Diese personale Lösung der Gesetzeskollisionen fand hauptsächlich in Italien zur Zeit der Völkerwanderung Anwendung. *Ius gentium* und *ius civile* waren in Vergessenheit geraten; dagegen beharrten die einfallenden Germanen, meist salische Franken, auf der Anwendung ihres eigenen Sippenrechts. Es wurde aber auch Wert darauf gelegt, daß die Fremden nicht rechtlos waren, da gerade der Handelsverkehr mit den unterworfenen Römern die Beachtung der Rechtspersönlichkeit von Fremden erforderlich machte. So kam es zu dem Satz: Germanen leben nach ihrem eigenen Recht, Fremde nach fremdem Recht. ¹⁾

1) vgl. Näheres bei Neumeyer, Entwicklung S. 5 ff, 29 ff, 80 ff, ferner v. Bar, Theorie und Praxis, I S. 26 ff; Niederer, Einführung S. 28 f; auch Kegel, IPR S. 60 führt einige Quellen an: zB ein Aquitanisches Kapitular von 768: "Ut omnes homines eorum legis habeant, tam Romani quam et Salici, et si de alia provincia advenerit, secundum legem ipsius patriae vivat". Ferner geben auch Notariatsurkunden von 853 über die bestehende Rechtspraxis Auskunft: "ego Wartli legibus vivens Alamannorum dono"; von 882: "Gaidulfus qui professus sum lege vivere Langubardorum".

III. Statutentheorie und Prinzip der Territorialität der Rechte

Ohne auf den "Erscheinungswirrwarr" der Statutentheorie ¹⁾ im einzelnen eingehen zu müssen, soll im Folgenden der strukturelle Hintergrund der Statutentheorie skizziert, die Anknüpfungsmethode umrissen und der Anknüpfungsgegenstand beschrieben werden.

1. Allgemeines zur Statutentheorie, struktureller Hintergrund

Seit Auflösung der Stammesrechte galt in Italien, Frankreich und Deutschland das Römische Recht als Gemeines Recht. Daneben gewannen in Italien wegen der selbstbewußten politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Blüte der norditalienischen Städte wie Bologna, Florenz oder Modena die Stadtrechte ("statuta") gleichberechtigte, ja sogar vorrangige Bedeutung. In Frankreich waren es die sog. "coutumes" (zB Chartres oder Paris), in Deutschland im Rahmen der allgemeinen Rechtszersplitterung die Stadtrechte, Landrechte und die Rechte der einzelnen Rechtskreise (Dienstrechte, Hofrechte usw). ²⁾

Im Gegensatz zum römischen Recht ergaben sich daher Konflikte einerseits zwischen dem Gemeinen römischen Recht und dem örtlich geltenden Partikularrecht, andererseits aber insbesondere Konflikte unter den verschiedenen Partikularrechten.

¹⁾ vgl. zB Gamillscheg, Dumoulin; ferner Neumeyer, Entwicklung S. 169 ff; auch Gutzwiller, Savigny;

²⁾ vgl. auch Jellinek, Staatslehre 3. Aufl., S. 316 - 323 Allgemein zur Rechtszersplitterung in Deutschland, Wieacker, Privatrechtsgeschichte d. Neuzeit S. 106 ff; Mitteis-Lieberich, Rechtsgeschichte S. 136; Spezielles zur Lage in Frankreich vor und nach Dumoulin, Gamillscheg, Dumoulin S. 88 ff;

Diese Voraussetzungen machen die Methode der Statutisten durchsichtig: Zur Findung des anwendbaren Rechts wird nach dem Geltungsbereich der einzelnen Normen gefragt: nach dem "Ob", dem "Wo" und dem "Auf wen bezüglich". Ausgangspunkt für die kollisionsrechtlichen Entscheidungen war demnach das Statut selbst.¹⁾ Sollte sich hierbei eine Lücke zeigen, wurde das gemeine Römische Recht herangezogen.

2. Anknüpfungsmethode

Wie erwähnt, sind während der Geltung der Statutentheorie keine einheitlichen Regeln herausgebildet worden. Die zur Universalität neigende italienische Statutentheorie mit dem Willen zur Aufgeschlossenheit gegenüber fremdem Recht - unter Überwindung des bis dahin geltenden "lex-fori" - Grundsatzes in den norditalienischen Städten - entwickelte den Satz: "statutum non ligat nisi subditos" und entsprechend zur Begrenzung der Anwendbarkeit des Statuts: "Statutum non ligat non subditos".²⁾ Zugleich werden die statuta eingeteilt in statuta personalia und statuta realia. Später hat die Französische Statutistenschule eine weitere Kategorie hinzugefügt: statutum mixtum.

1) allgemein zur Methode der Statutisten: Gamillscheg, aaO S. 49 ff; insb. 72 ff; 80 ff; 88 ff; Die Fragestellung der Anknüpfung und die Bedeutung des territorialen Rechts ging aus von Codex 1.1.1. Text zB bei Kegel, IPR, S. 63;

2) vgl. zB Gamillscheg, Dumoulin S. 72 ff und S. 80 f;

Diese Einführung zeigt, daß die Eigenschaft "subditus" über die Anwendbarkeit eines Personal-Statuts¹⁾ entschied: nämlich über die Anwendbarkeit derjenigen Normen, die "Primario" die Person angehen. - Die übrigen Statuten hatten andere Anknüpfungsprinzipien.

"Subditus" ist derjenige, der auf dem Territorium eines Feudalherrn wohnt. Da der Staat im ganzen Mittelalter "Flächenstaat" war, übte der "dominus terrae" die Herrschaftsgewalt aus über alles, was sich auf seinem Grund und Boden befand. Dieser Gedanke hat wohl seinen Ursprung in der französischen Statutenlehre, nach der die Geltung des territorialen Rechts Ausfluß der Souveränität des Herrschers ist.

Während die italienischen Statutisten die Wohnsitzfrage mit der Abstammung verbanden und daher unter dem Wohnsitz des "subditus" den Herkunftsort als dem Wohnsitz des Vaters verstanden (sog. "Ursprungsdomicil"), dürfte sich bei den übrigen Vertretern der Statutenlehre der Wohnsitz als dauernder Aufenthaltsort des Betreffenden - zugleich sein Lebensmittelpunkt - herausgebildet haben. Demnach kam es nicht auf das "domicil-ium originis", sondern auf das "domicilium habitationis" des Betreffenden an, bei dem allein die dauernde örtliche Beziehung zu einem Territorium und zum dort geltenden Recht die Kollisionsfrage löste.²⁾

Dieser "domiciliums"-Begriff deckt sich mit dem römisch-rechtlichen insoweit, als der auf Dauer angelegte Aufenthalt in einem Gebiet die für das Personalstatut notwendige

1) vgl. zum Umfang des Personalstatuts bei D'Argentré, Gamillscheg, aaO S. 68 f.; "principaliter de personarum iure, conditione et qualitate statutum, abstracte ab omni materia reali." (zB Volljährigkeit, Verpflichtungsfähigkeit, Entmündigung, Legitimation ua.)

2) vgl. zu dieser Streitfrage: zB de Winter, Nationality S. 363 f; Gamillscheg, Dumoulin S. 28 mit Hinweis auf Meijers, L'histoire des Principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge spécialement dans L'Europe occidentale, in: Rec. des Cours 49 (1934 III) S. 543 ff, insb. 606 ff;

Statik der Anknüpfung vermittelt und erst dadurch der Person den "Stempel des örtlichen Rechts aufdrückt".¹⁾ Diese Statik und weitgehende faktische Unwandelbarkeit des Statuts wird dadurch noch weiter verstärkt, daß das Wohnsitzrecht als dauernde Eigenschaft der Person angesehen wird und sie begleitet, wohin sie auch immer geht: das Personalstatut hat die sog. "exterritoriale Wirkung".²⁾

Der Unterschied zum römisch-rechtlichen "domicilium"-Begriff dürfte darin liegen, daß dort die Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft als politischer Gemeinschaft im Vordergrund stand, während (besonders in der französischen Statutenlehre) hier die Beziehung zum Territorium und die faktische Unterwerfung unter die Herrschaftsgewalt des Landesherrn den Ausschlag gibt.

Eine scheinbare Ausnahme vom Grundsatz der dauernden Verbindung mit dem Territorium als Voraussetzung für den Wohnsitz einer Person (des "subditus") findet sich bei dem holländischen Vertreter der Statutenlehre, Ulrikus Huber (1636 - 1694). Im zweiten Leitsatz seiner völkerrechtlich

2) zum ganzen eingehend: Gamillscheg, Dumoulin S. 80 ff; Hierdurch wird die strenge französische Territorialität der Rechte gelockert. Der in diesem Zusammenhang häufig gebrauchte Satz: "finitae potestatis finita iurisdictio" bezieht sich auf das Sachstatut: die weite Ausdehnung der lex rei sitae im Bereich des Vermögensrechts ist erklärbar aus der Bedeutung des Grund und Bodens für die feudale Gesellschaftsordnung. (Beispiel: D'Argentré in seinem Kommentar zur Coutume der Bretagne) Zur Bewahrung der rechtlichen und politischen Unabhängigkeit der Bretagne soll jeder Rechtsakt, der eine Veränderung an Grund und Boden nach sich zieht, nach der lex-rei-sitae behandelt werden. (Grds. der Einheitlichkeit.)

1) Gamillscheg S. 96 aaO

bestimmten "Axiomata" wird derjenige als "subditus" bezeichnet, der "innerhalb der Grenzen des Reiches angetroffen (!) wird, gleich, ob er sich dort ständig oder nur auf Zeit aufhält".¹⁾

Dies läuft praktisch auf die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt hinaus, macht vom Grundsatz der Territorialität der Rechte völlig ernst und bedingt die Anwendung der *lex-fori*.

Dieser Satz wird aber sogleich durch zwei Einschränkungen gemildert: Erstens durch die Anerkennung des Grundsatzes der "Exterritorialität der persönlichen Rechte" und zweitens durch die Anerkennung der sog. "*iura quaesita*": "Die Lenker der Reiche halten es aus *comitas* so, daß die Rechte eines jeden Volkes, die innerhalb ihrer Grenzen ausgeübt (angewandt, *exercita*) wurden, überall ihre Kraft behalten, soweit dadurch nicht"²⁾

3. Anknüpfungsgegenstand, Umfang des Personalstatuts, Eherecht

Wenn "*statuta personalia*" in Rede stehen, gilt das Recht des Wohnsitzes der Person. Der Umfang der "*statuta personalia*" erstreckte sich auf diejenigen Normen, die sich "*primario*" auf die Person bezogen wie Geschäftsfähigkeit, Verpflichtungsfähigkeit Gewaltunterwerfener, aber auch Vormundschaft, Entmündigung wegen Verschwendung, väterliche Gewalt über den Haussohn, ehemännliche Gewalt, das Volljährigkeitsalter.

1) vgl. Leitsatz 2 der "Axiomata". Näheres mit vielen Hinweisen bei Gamillscheg, Dumoulin S. 176 ff;

2) vgl. den Leitsatz 3 der "Axiomata". Zur Extraterritorialität der persönlichen Rechte führt Huber aus (Zitat bei Gamillscheg, aaO S. 176 FN. 43): "*Qualitates personales ubique circumferri et personam comitari, cum hoc effectu, ut ubivis locorum eo iure, quo tales personae alibi gaudent ... fruuntur et subiciantur*". Auch Wächter übernahm die Theorie der zeitweiligen Untertanschaft. Wächter, *ACP* 24 (1841) S. 230 ff und 25 (1842) S. 1 ff; 161 ff; 361 ff;

Teilweise wurde, sofern nicht die *lex rei-sitae* einschlägig war, auch das eheliche Güterrecht und das Erbrecht nach dem Wohnsitzrecht beurteilt (Dumoulin). ¹⁾

Dagegen unterlag das gesamte Eherecht (mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts) anderen Regelungen: Seit dem 2. Laterankonzil ²⁾ von 1215 richtete sich das Eheschließungsrecht, das Recht der Ehescheidung, die persönliche Stellung der Ehefrau, die Schlüsselgewalt ua. nach kanonischem Eheerecht, später auch nach dem Kirchenrecht der reformierten Bekenntnisse. Bis dahin tauchte auf diesem Gebiet kaum die kollisionsrechtliche Frage auf, da das kanonische Recht materielle Rechtseinheit gewährleistete, so daß Kollisionsnormen entbehrlich waren.

Erst nach der verschiedenartigen Entwicklung des Eherechts in der Säkularisierung der Aufklärungszeit und später durch den Kulturkampf erhielt die kollisionsrechtliche Frage auf dem Gebiet des Eherechts neuen Nährboden.

¹⁾ vgl. zB Gamillscheg, aaO S. 179; 26;

²⁾ vgl. dazu im einzelnen Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 230;

IV. Savigny und die frühen Kodifikationen

1. Savigny (1779 - 1861)

Im Gegensatz zur Statutentheorie, die die Frage nach dem Geltungsbereich der Norm stellte, geht Savigny vom Rechtsverhältnis aus¹⁾ und sucht das jeweils zum konkreten Sachverhalt passende territoriale Recht. Gedankliche Ausgangsbasis ist hierbei die "Völkerrechtliche Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen", woraus Savigny die absolute Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen²⁾ folgert, die bei jedem internationalen Fall zur Anwendung kommen können. Damit will Savigny die "Nationalisierung internationaler Sachverhalte".³⁾

Während sich Savigny methodisch von seinen Vorgängern unterscheidet, gleicht er ihnen bei der Begründung der Anwendbarkeit eines bestimmten territorialen Rechts: Die persönliche Verbundenheit mit einer Rechtsordnung aufgrund Herkunft (Abstammung) oder aufgrund einer sonstigen Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft außer acht lassend, fragt Savigny nach dem örtlichen "Sitz" des Rechtsverhältnisses: für jedes Rechtsverhältnis müsse eine Raumbeziehung hergestellt werden.⁴⁾ So liege der Schwerpunkt der "rechtlichen Zustände der Person" an ihrem Wohnsitz: "Auf die verschiedenen Zustände der Person, wodurch die Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit bestimmt wird, ist nur eine reine, einfache Anwendung desjenigen örtlichen Rechts möglich, welchem die Person selbst durch ihren Wohnsitz angehört." -

- 1) vgl. näher Gutzwiller, Savigny 40 ff; Gamillscheg, Dumoulin S. 73 weist nach, daß das Rechtsverhältnis selbst auch schon zur Zeit der Statutentheorie eine Rolle bei der Wahl der maßgeblichen Rechtsordnung gespielt hat: "quid de contractibus" als sekundäre Frage. Vgl. auch Steindorff, Sachnormen S. 37;
- 2) vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 27;
- 3) vgl. Steindorff, Sachnormen, S. 1 ff;
- 4) vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 14, 18; zur Kritik: Gutzwiller, Savigny S. 45;

Das Familienrecht habe "am meisten Ähnlichkeit mit dem Zustand der Person an sich und unterscheide sich wesentlich von den Verhältnissen des Vermögens, welche die Person mit äußerlichen, willkürlich gewählten Gegenständen in Verbindung bringen."¹⁾

Über den "Sitz" des ehelichen Verhältnisses könne kein Zweifel bestehen: er sei anzunehmen "an dem Wohnsitz des Ehemannes, der nach den Rechten aller Völker und aller Zeiten als das Haupt der Familie anerkannt werden" müsse.²⁾ Dies gelte für die "Möglichkeiten" der Ehe, für das eheliche Güterrecht (mit Bezug auch auf ausländische Grundstücke) mit der Maßgabe, daß "das örtliche Recht des bei Anfang der Ehe bestehenden Wohnsitzes auch für alle künftigen Zeiten entscheiden soll."³⁾ Wegen des streng positiven Charakters der Ehescheidung soll der gegenwärtige Wohnsitz der Ehegatten ausschlaggebend sein.⁴⁾

Der Wohnsitzbegriff unterscheidet sich von dem-zzt der Statutentheorie geltenden: Von der gleichlautenden Voraussetzung des dauernden Aufenthaltes und des Lebensmittelpunktes (als Indiz für die örtliche Beziehung) abgesehen, fordert Savigny die freiwillige Wahl des Wohnsitzes. Der freie Wille steht so stark im Vordergrund, daß Savigny daraus, nicht aus der nur örtlichen Beziehung zum territorialen Recht oder aus dem faktischen "Integriert-sein" in eine Rechtsgemeinschaft den Geltungsgrund des örtlichen, territorialen Rechts ableitet: Die freiwillige Unterwerfung⁵⁾ der Person unter das örtlich geltende Recht bedingt dessen Anwendung. Dieses Recht gibt den "Rechtszuständen" der Person

1) vgl. Savigny, System, Bd. VIII S. 324 ff;

2) vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII S. 325;

3) vgl. ders. aaO S. 327 - 334;

4) vgl. ders. aaO S. 335 ff;

5) vgl. ders. aaO S. 110;

ihren rechtlichen Stempel und macht die Rechtsverhältnisse zu "Attributen" der Person,¹⁾ zur Eigenschaft der Person.-Dies ist aber ein Gedanke, wie er wiederum von der Statuentheorie her bekannt ist als Voraussetzung für die Kontinuität des grundsätzlich nur territorial geltenden Rechts.

2. Die Anknüpfungen der frühen Kodifikationen im 19. Jhdt. für das Personalstatut

Während der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis²⁾ und das Preußische Allgemeine Landrecht im Geist der alten Statuentheorie die lex domicilii für das Personalstatut maßgeblich sein lassen, gehen der Code Civil (Art. 3 III), das österr. ABGB (§ 4: Rechts- und Handlungsfähigkeit), das BGB des Königreiches Sachsen vom 2.1.1863 (§ 7 Rechts- und Handlungsfähigkeit, § 12 Eherecht), das Gesetzbuch des Kantons Zürich von 1854 andere Wege; sie alle knüpfen das Personalstatut an die Staatsangehörigkeit der Person an.³⁾

a) Übergang zum Personalitätsprinzip im Code civil

Untersucht man die Geschichte und die Bedeutung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung im Code civil, so dürfte dieses Ergebnis auch für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung in den übrigen frühen Kodifikationen von Bedeutung sein.

1) vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII S. 10;

2) vgl. dazu zB Kegel, IPR S. 71 f;

3) vgl. zu diesen Kodifikationen die Hinweise bei: Neuhaus, RabelsZ 35 (1971) S. 393; ferner Gutzwiller, Savigny S. 107; Hier finden sich Hinweise zur Methode der Anknüpfung: soll vom Rechtsverhältnis oder von der Norm ausgegangen werden? Dies kann nicht für die Kodifikationen mit Staatsangehörigkeit- oder Wohnsitzprinzip einheitlich gesagt werden.

Art. 3 III C.civ. lautet: "Les lois concernant L'état et la capacité des personnes régissent les personnes même résidant en pays étrangers." Dabei hat der Zusatz: "même résidant en pays étrangers" allgemeinen Zweifel an einem radikalen Umbruch vom Wohnsitz- zum Staatsangehörigkeitsprinzip entstehen lassen.¹⁾

So wird gesagt, Art. 3 III Cc. gelte nur für Franzosen, die nur vorübergehend im Ausland verweilten, nicht aber für solche, die im Ausland Wohnsitz hätten und nicht mehr zurückkehren wollten.²⁾ Daher sei unter der Staatsangehörigkeit des Code civil nichts anderes als ein "domicile d'origine" gemeint, das mit dem Erwerb eines neuen "domicile de choix" seine Wirkung verliere.

Diese Ansicht bedeutet methodisch: Maßgeblich ist nach wie vor die örtliche Beziehung einer Person zu dem Territorium einer Rechtsgemeinschaft. Dies hat auch in den Vorentwürfen dazu geführt, daß, streng nach dem Grundsatz der Territorialität der Rechte, jeder Fremde - gleichberechtigt wie die Franzosen selbst - französisches Privatrecht genießen sollte.

Dieser Vorschlag ist aber nicht Gesetz geworden; vielmehr wollte man französisches Recht nur Franzosen zubilligen, indem dem territorialen Moment ein personales hinzugefügt wurde: das der Abstammung. Grundsätzlich kamen daher nur diejenigen

1) vgl. Makarov, Allg. Lehren S. 103 ff; Korkisch, Staatsangehörigkeitsgrundsatz S. 87 ff; Niboyet. Traité III S. 199, 211; de Winter, Nationality S. 369 ff;

2) Aufschlußreich ist der frühere Art. 17 C.civ., wonach die Niederlassung im Ausland "sans esprit de retour" den Verlust der französischen Staatsangehörigkeit zur Folge hatte. Dazu zB Makarov, Allg. Lehren S. 110; Einen entsprechenden Hinweis gibt auch die Lehre v. Bars zur Staatsangehörigkeit: sie verbürge nur ein unabdingbares Wohnrecht!

in den Genuß des französischen Rechts, die selbst auf dem Territorium Frankreichs geboren waren, oder deren Vater in Frankreich geboren worden war.¹⁾ Dies mag es erklären, weshalb Art. 3 III C.civ. als einseitige Kollisionsnorm gefaßt ist,²⁾ die durch den Grundsatz der Gegenseitigkeit in Art. 11 C.civ. erweitert und auf Fremde ausgedehnt wurde. Erst später wurde Art. 3 III C.civ. in eine allseitige Kollisionsnorm umgewandelt.

Die französische Praxis ist wohl noch längere Zeit der alten Lehre der Territorialität der Rechte gefolgt, Foelix³⁾ gebraucht die Begriffe "nationalité" und "domicile" synonym: "Les expressions de lieu du domicile de l'individu et de territoire de sa nation ou patrie peuvent être employées indifféremment". Dies läßt darauf schließen, daß das Prinzip der Territorialität der Rechte, verbunden mit dem bekannten Grundsatz der "Exterritorialität" der persönlichen Rechte fortgeschrieben wurde.⁴⁾ Allerdings vollzog sich zugleich eine starke Annäherung an die Personalität der Rechte⁵⁾, die im Laufe der Zeit den Gedanken der Territorialität verdrängte.

-
- 1) vgl. zB Art. 9, 10 C.civ.; ferner Makarov, Allg. Lehren S. 103 ff;
 - 2) vgl. weiter de Winter, Nationality S. 369 ff mit Hinweisen; ferner Batiffol, DIP S. 332 Nr. 276; Dort der Hinweis auf die ältere Rechtsprechung.
 - 3) vgl. Foelix, Traité I, 3. Aufl. S. 56 ff;
 - 4) vgl. Batiffol aaO.
 - 5) vgl. zB Korkisch, der bereits im C.civ. den endgültigen Umbruch vom Domizilprinzip zum Staatsangehörigkeitsprinzip sieht. Korkisch, Dölle-Festschr. (1963) II S. 101;

b. Andere Motive für die Wahl der Staatsangehörigkeit und
für die Hinneigung zur Personalität der Rechte

Die neuerliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit beruht aber noch auf weiteren Gründen. Während zur Zeit des Feudalstaates die große Masse des Volkes dem Staate entfremdet war ("L'état c'est moi."), entsteht nach dessen Zerstörung die staatsbürgerliche Gesellschaft mit der allgemeinen Rechtsgleichheit der Bürger. Der Einführung der materiellen Rechtsgleichheit entsprach auch die neu hergestellte Rechtseinheit, in Frankreich durch Überwindung der verschiedenen Coutumes, in Deutschland durch Zerstörung der einzelnen Partikularrechte.

Die neue Einheitsstaatsbildung ist von dem nationalen Selbstbewußtsein einer "revolutionären Epoche" getragen.¹⁾ Der neue Einheitsstaat hat daher den Willen, alle Seiten seines Gemeinschaftslebens zu beherrschen, nur mit der Einschränkung, daß die neuen Errungenschaften auch nur den Mitgliedern des neuen Staates zukommen sollten.²⁾

Somit tritt an die Stelle des alten Souverän die Gesamtnation als alleinige Trägerin der Souveränität und auch der Jurisdiktion. Das nach wie vor territorial wirkende Privatrecht schließt einerseits fremdes Recht in gewissem Umfang aus, will andererseits auch nicht auf Fremde angewendet werden. Fremdes Recht kommt allenfalls zur Anwendung "ex comitate", das eigene Recht kommt auf Fremde nur zur Anwendung "ob reciprocam utilitatem".³⁾

1) vgl. zB Rabel, Conflict I S. 162 "That a French citizen should enjoy the achievements of the great Revolution wherever he might happen to be". Batiffol, DIP 5. Aufl. S. 329 spricht von einer Gu-nst ("faveur"), das französische Recht nach der Revolution in Anspruch nehmen zu dürfen.

2) vgl. Batiffol, aaO.

3) vgl. dazu Foelix, Traité I S. 22; 53 f.

Der auf die Partikularrechte zugeschnittene engräumige Wohnsitzbegriff der alten Lehre paßt nicht mehr. An seine Stelle tritt das Band zur - mit einem bestimmten Territorium verbundenen - Nation. So lautet die neue Anknüpfung entweder "nationalité" oder "domicile d'origine".

3. Zusammenfassung der bisher behandelten Wohnsitzbegriffe

In den bisher besprochenen Epochen der Wohnsitzanknüpfung tritt der Wohnsitz in vierfacher Ausgestaltung auf: Im römischen Recht vermittelt er einen starken Bezug zur Rechtsgemeinschaft einer politischen Gemeinde. Maßgeblich ist der örtliche Aufenthalt auf dem Territorium der Stadtgemeinde und die wirtschaftlich-soziale Zugehörigkeit zu ihr. - In der italienischen Statutentheorie vermittelt das sog. "Herkunfts-domicil" die Beziehung zur Rechtsgemeinschaft auf einem bestimmten Territorium. Das Band besteht nicht in einer wirtschaftlich-sozialen Zugehörigkeit, sondern in der persönlichen Abstammung: von der Geburt im Territorium oder Abstammung von einer Person, die ihrerseits in dem Territorium geboren ist. - Die französische Statutenlehre legt ausschließlich Gewicht auf das faktische dauernde Wohnen und Wirtschaften in einem Territorium; das territorial geltende Recht erfaßt alle, die auf dem Territorium dauernd wohnen, unabhängig von einer persönlichen Herkunft. Eine Rechtsgemeinschaft als Trägerin des Rechts bleibt außer Betracht. - Bei Savigny schließlich vermittelt der Wohnsitz als örtliche Beziehung zu einem Territorium und frei gewählter Mittelpunkt der Lebensverhältnisse das anzuwendende Recht. Hier steht die freiwillige Unterwerfung unter die Rechtsordnung im Vordergrund für die Maßgeblichkeit des Rechts.

Den frühen Kodifikationen liegt wohl - vergleichbar mit der Anknüpfung der frühen italienischen Statutentheorie - der Gedanke des "Ursprungsdomicils" zugrunde, obwohl scheinbar der Übergang von der Territorialität der Rechte zur Personalität der Rechte vollzogen wird.

V. Rechtsprechung vor 1900 in Deutschland

Während des 19. Jahrhunderts verfährt die Rechtsprechung in Deutschland im Sinne der überkommenen Statutentheorie. Grundsätzlich wird nach wie vor im Bereich des Personalstatuts an den gemeinrechtlichen Wohnsitz angeknüpft.¹⁾ Dabei hat die Lehre Savignys von der "Unterwerfung" unter die maßgebliche Rechtsordnung und die "Lokalisierung der persönlichen Rechtsverhältnisse" bis in die Praxis hinein gewirkt.²⁾ Von einer persönlichen Beziehung zu einer Rechtsgemeinschaft konnte – abgesehen von den an die "Nationalität" anknüpfenden Landesrechten (zB Sachsen) – keine Rede sein.

So führt das Reichsgericht unter Hinweis auf gemeinrechtliche Grundsätze aus, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person regelmäßig nach den Gesetzen des Wohn-

1) vgl. RG v. 7.3.1887 RGZ 6,396 (Art. 15: Domizil zZt der Eheschließung); RG v. 29.1.83, RGZ 8, 145 (Noterbenrecht, Personalstatut des Erblassers Domizilrecht!). Die zu dieser Zeit herrschende allgemeine Sprachverwirrung führt Braga, Wohnsitz S. 14 an (28, 30 ff): So gab es die Begriffe: "Indigenat", "Heimat", "Publizistisches Domizil"; bei diesen Begriffen handelt es sich stets um einen qualifizierten Wohnsitz, der an eine bestimmte Dauer des Aufenthaltes geknüpft war oder durch Behördenakt verliehen werden konnte. Die Folgen dieses Wohnsitzes waren öffentlich-rechtlicher Art, wie zB das Wohnrecht, Recht auf Armenfürsorge, besonderes Treueverhältnis, Steuererhebung, Militärpflicht. Aus der Vielzahl der Literatur, vgl. zB v. Bar, Theorie und Praxis I S. 181; O. Bär, Verhandlungen S. 83 ff. (Gutachten); Fr. Mommsen, Entwurf S. 149; Bei diesen Autoren wird die Staatsangehörigkeit noch mit dem Wohnrecht verbunden; vgl. v. Bar, aaO S. 181

2) vgl. zB Gutzwiller, Savigny S. 103 f.

sitzes beurteilt werden müsse. Ebenso urteilen die Obergerichte und lehnen dabei ein in dieser Zeit ebenfalls zur Diskussion stehendes "publizistisches Domizil" ab.¹⁾

Im Gegensatz dazu wenden in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts das Reichsgericht und die Obergerichte dem "publizistischen Domizil" und der Nationalität größere Aufmerksamkeit zu, wo es sich um Fragen des Ehrechts handelt, das man als dem öffentlichen Recht nahestehend ansieht.²⁾

Die klare Wendung zur Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bringt zuerst das Reichsgericht im Jahre 1883.³⁾

1) Hinweise bei Braga, Wohnsitz S. 31. FN 59

2) Hinweise auf die Rechtsprechung der Obergerichte bei Braga, Wohnsitz S. 32; So kommt das Recht des Untertanenverbandes zur Anwendung, dem der Vater zZt der Geburt angehört, zB OAG Kassel (1865) in Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 3; OT Stuttgart (Ehescheidung) Seuff. Arch. 31 Nr. 304; Zur Nähe des Familienrechts zum öffentlichen Recht: v. Bar, Theorie und Praxis I S. 277, 486; Die Familie sei der primitive Kern des Staates. Die Sicherstellung der Erziehung und des Vermögens liege im Interesse des Staates.

3) vgl. RG v. 9.6.83 = RGZ 9, (407), 393 ff; Wenn in den §§ 568, 578 ZPO an den Wohnsitz angeknüpft worden sei, so sei die Bedeutung der Staatsangehörigkeit noch nicht richtig erkannt worden. Die Deutsche Ehefrau habe Anspruch auf deutschen Rechtsschutz.

Hier geht es um die örtliche Zuständigkeit für eine Ehescheidungsklage der deutschen Frau eines deutschen Reichsangehörigen, deren beider Wohnsitz im Ausland (Peru) lag. Die erste Instanz hatte die Klage wegen örtlicher (internationaler) Unzuständigkeit des deutschen Gerichts als unzulässig abgewiesen. Dagegen bejaht sie das Reichsgericht wegen der deutschen Reichsangehörigkeit und führt aus: "... In den einzelnen Staaten Deutschlands ist die Einsicht in die Bedeutsamkeit der Staatsangehörigkeit für die Regelung der Zuständigkeit inländischer Gerichte in Bezug auf nur im Ausland domizilierte Staatsangehörige für bestimmte, die Interessen und sittlichen Verhältnisse des inländischen Staates und seiner Angehörigen berührende Rechtsstreitigkeiten, sowie (in) die durch den innigen Zusammenhang des Ehelebens aller Staatsangehörigen mit dem Kulturzustande, den sittlichen Grundlagen und dem Wohle des Staates, dessen Mitglieder die Eheleute sind, maßgebende Bedeutung des Eherechts dieses Staates in Bezug auf das persönliche Rechtsverhältnis der Eheleute ... schon früh zur Geltung gelangt".

Unter Hinweis auf die Deutsche Gesetzgebung und die legislativen Vorarbeiten¹⁾ könne eine allmähliche Gravitation nach der Bedeutung des in der Staatsangehörigkeit liegenden "ideellen" Bandes bemerkt werden.

Hier wird zum ersten Mal der Einfluß Mancinis bemerkbar: Nicht mehr die territoriale Bindung zu einer Rechtsordnung ist maßgeblich, sondern das "ideale" Band zu einer Nation als Gesamtstaat.

1) vgl. dazu RG aaO; ferner Braga, Wohnsitz S. 31 f.

VI. Mancini (1817 - 1888)

Den entscheidenden Wandel in der Anknüpfung brachte erst die berühmte Rede Mancinis in Turin (1851): Während sich die italienische Einigung vollzog, wurde zur Hervorhebung der völkerrechtlichen Bedeutung der Staaten der Begriff der "Nation" zur Grundlage des Völkerrechts erhoben. Die durch gleiche Rasse, Moralvorstellungen, Sitten und Gebräuche, Sprache und Territorium gebildete natürliche Volksgemeinschaft mit dem gemeinsamen Bewußtsein der Nationalität beanspruche ein unverletzliches Recht auf Souveränität und Freiheit gegenüber anderen Staaten. Jedes einzelne Mitglied habe das Bewußtsein der "Volkszugehörigkeit".¹⁾

Nichts war für die Kollisionsrechtler Italiens zur Zeit der nationalen Rechtsvereinheitlichung günstiger, als der Begriff "nationalità" (Volkszugehörigkeit).

Gestützt durch den Satz, die Anerkennung einer Persönlichkeit sei nur möglich über die gesetzliche Anerkennung ihrer Nationalität, wurde künftig - unter Ausschaltung jeden subjektiven Willens²⁾ - zwar nicht die Volkszugehörigkeit, aber

1) vgl. Mancini, Della nationalità come fondamento del diritto delle genti, abgedruckt in Mancinis Diritto internazionale, Prelezioni, Neapel 1873 S. 5 ff, 27 f, 35 f., dazu ferner de Winter, Nationality S. 371. Wolff, IPR S. 23; Neuhaus RabelsZ 15 (1949) S. 22 ff. (25 f); ferner auch Gutzwiller, Savigny S. 150;

2) vgl. Gutzwiller, aaO S. 150; de Winter, aaO S. 372;

die Staatsangehörigkeit als Anknüpfung für den Status und die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit einer Person gewählt.¹⁾ Insbesondere im Ehe- und Familienrecht ist die Staatsangehörigkeit als die geeignete Anknüpfung gefeiert worden.²⁾

Die Begeisterung über die neu gefundene Anknüpfung hat sich in der europäischen Atmosphäre des Nationalismus und Liberalismus rasch auf Frankreich, Belgien, die Niederlande und Deutschland ausgebreitet, während andere Länder weiterhin dem Wohnsitzprinzip folgten. Die Spaltung der Kollisionsrechte mit Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzanknüpfung ist vollzogen.³⁾

1) vgl. Mancini, Clunet 1 (1874) S. 288 ff; 301 f. Vor ihm hat aber bereits Esperson die Bedeutung der "nationalità" für das Kollisionsrecht herausgearbeitet. Dazu Wahl, Entwicklung S. 137 FN 65 ff; daß es sich nicht um die Volkszugehörigkeit, sondern um die Staatsangehörigkeit handelte, darauf legt zB Neuhaus, aaO großen Wert (S. 25); ferner Braga, Wohnsitz S. 18;

2) vgl. Rabel, Conflict I S. 121 ff;

3) vgl. ders., aaO. Zum Problem des Art. 3 C.c. siehe oben S. 24 ff.

VII. Die Entwicklung seit Mancini

Bei den deutschen Vorarbeiten zum EGBGB hat die neuere italienische Lehre zur Staatsangehörigkeitsanknüpfung großen Anklang gefunden. Ferner wurden die neuen Gedanken auch von den internationalen Konferenzen wohlwollend rezipiert.

1. Deutschland

In Deutschland gipfelt die Diskussion über die Einführung der Staatsangehörigkeit als Anknüpfung für das Personalstatut in den Vorarbeiten zum EGBGB.¹⁾ Nachdem in der Zeit von 1850 bis 1880 einzelne Autoren sich für die Einführung der Staatsangehörigkeit ausgesprochen hatten,²⁾ wurde die Frage: Wohnsitzrecht oder Heimatrecht bei dem 18. Deutschen Juristentag in Wiesbaden vor einem breiten Forum erörtert.³⁾

Allgemein wurden die Vorzüge der Staatsangehörigkeit gegenüber dem Wohnsitz dargestellt - die 'comitas gentium' verlange, die nationalen Gesetze des Ausländers zu achten, - der Übergang zur Staatsangehörigkeit liege im 'Zug der Zeit', - die Gesetzgebung mancher deutscher Länder und

1) In den veröffentlichten Materialien zum BGB ist allerdings nichts über die Motive des Übergangs vom Domicil- zum Staatsangehörigkeitsprinzip zu finden. Vgl. Mugdan, Materialien I S. 258;

2) vgl. die umfassenden Hinweise bei Braga, Wohnsitz S. 14; Beispielsweise sei genannt: R. Schmid, Herrschaft S. 11, 31;

3) vgl. dazu Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentages Bd. I S. 82 ff (Gutachten von O. Bär) und S. 95 ff (Gutachten von v. Bar. Ferner Band II (stenographische Berichte) S. 107 ff, 120 ff;

des Reiches sei zum Staatsangehörigkeitsprinzip übergegangen,¹⁾ - die Person sei in den physischen, sozialen und ethischen Verhältnissen des Heimatlandes verwurzelt, - die Staatsangehörigkeit sei ein objektives Verhältnis und sei daher dem mit der Gefahr subjektiver Willkür und Laune verbundenen Wohnsitzprinzip vorzuziehen: In den Verhältnissen der persönlichen Rechte wie Rechtsfähigkeit, Ehe, Eltern-Kindschaftsverhältnis ua. könne nicht bald von diesem, bald von jenem Recht ausgegangen werden.²⁾

So kam die große Mehrheit der Anwesenden zu dem Ergebnis, daß bezüglich der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person, bezüglich der familien- und erbrechtlichen Kollisionsfälle dem "vermöge der Staatsangehörigkeit eintretenden Recht der Vorzug gebühre". Bei dieser Entscheidung spielten gerade staatspolitische Überlegungen keine geringe Rolle, wie sich aus den sog. "Gebhard'schen Materialien" ergibt.³⁾

-
- 1) Dieses Argument auch bei RGZ 9, 393 (407); Aufzählung der Reichsgesetze und Staatsverträge bei Niemeyer, Vorgeschichte S. 56 - 58, 304; Hier auch die Gründe "pro" und "contra" Staatsangehörigkeits- Wohnsitzanknüpfung.
 - 2) Auf diese Argumente hat bereits Savigny, VIII S. 166 - 166 aufmerksam gemacht (hinsichtl. Rechts-, bzw. Handlungsfähigkeit)
 - 3) vgl. Braga, Wohnsitz S. 35 f; de Winter, Nationality S. 412; Als staatspolitische Momente werden zB angeführt: gerade bei Auswanderungsländern komme es darauf an, daß die Bindung der Staatsangehörigen zum Heimatstaat aufrechterhalten werden müssen. Bei ihnen müsse das "Staatsgefühl" gefestigt werden. So zB Fr. Mommsen, Entwurf S. 151 ff; Jaques, Verhandlungen des 16. DJurT Bd. II S. 114; ferner Justizrat Dr. Fels, der sich dagegen mit Vehemenz ausgesprochen hat: "Ich halte es für zweckmäßiger, wenn das Staatsgefühl möglichst abgeschwächt wird, wenn die Angehörigen der europäischen Nationen, aller zivilisierten Nationen sich als Mitbürger ansehen." Verhandlungen, Bd. II S. 125; Ferner die Bewertung der eigenen Souveränität und Unabhängigkeit; übersteigertes Nationalgefühl der Gründerjahre kann man nie mit Recht als "nationalstaatliche Romantik" ansehen. Vgl. auch Neuhaus, Grundbegriffe S. 29; Rabel, Qualifikation S. 248; Ferid, Neubürger S. 48;

2. Ausland und internationale Abkommen

So kam das Staatsangehörigkeitsprinzip im italienischen Codice civile von 1865 und im neuen ZGB v. 16.3.1942, aber auch im spanischen código civil von 1889 zur Anwendung. Belgien und die Niederlande waren schon früher dem französischen Beispiel gefolgt, Portugal und Griechenland besaßen Vorschriften, die mit dem deutschen EGBGB große Ähnlichkeit hatten. Unter den nordischen Ländern knüpfte Schweden im Gesetz vom 8.7.1904 über internationale Rechtsverhältnisse betreffend Ehe (ua) an die Staatsangehörigkeit an (Kap. 1 § 2).¹⁾

Aber auch die internationalen Abkommen und die Vorschläge internationaler Kommissionen sind den neuen Strömungen offen begegnet. So knüpften Resolutionen des Institut de Droit International von Oxford (1880) und von Lausanne (1882) im Bereich des Personen-, Familien- und Erbrechts an die Staatsangehörigkeit an mit der Folge, daß die englischen Delegierten nicht mitstimmten.

Auch die ersten Haager Konferenzen, die von den Niederlanden einberufen worden waren (in den Jahren 1893, 1894, 1900), einigten sich hinsichtlich der Anknüpfung des Personalstatutes, insbesondere auf dem Gebiet des Eherechts, auf die Staatsangehörigkeit. So brachten die Haager Abkommen von 1902 und 1905²⁾ die Möglichkeit, in den behandelten Rechtsbereichen aufgrund der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit einen internationalen Entscheidungseinklang herbeizuführen. Allerdings mußte damals schon in Kauf genommen werden, daß die dem Domizilprinzip anhängenden Staaten den Abkommen fernblieben. Aber auch später wurden einige Staaten, darunter Frankreich, den Abkommen wegen vermeintlich zu starker Beeinträchtigung der eigenen Souveränität untreu.³⁾

1) vgl. Makarov, Quellen Bd. I, Schweden S. 2

2) vgl. dazu zB Kegel, IPR S. 87 ff.

3) Über den Kündigungsgrund Frankreichs (1913) vgl. zB Wolff, IPR S. 70, ferner Pillet, Traité I S. 136 f.

§ 2 Staatsangehörigkeit im Zwiellicht

In den folgenden Gliederungspunkten soll die Staatsangehörigkeitsanknüpfung daraufhin überprüft werden, ob sie geeignet ist, die aktuellen Probleme des Kollisionsrechts im Personalstatut, insbesondere aber auf dem Gebiet des internationalen Ehrechts befriedigend zu lösen. Die folgende Untersuchung wird sich daher besonders mit den Argumenten auseinandersetzen haben, die gegen die Staatsangehörigkeitsanknüpfung ins Feld geworfen werden. So ist die Eignung der Staatsangehörigkeit unter folgenden Aspekten zu prüfen: (I) Einfluß sozialer, politischer und wirtschaftlicher Strukturveränderungen. (II) "Funktionswandel des Kollisionsrechts". (III) Einfluß des materiellen Rechts, insbesondere der Verfassung auf das Kollisionsrecht. (IV) Schwierigkeiten, die sich aus dem Staatsangehörigkeitsrecht selbst ergeben. (V) Schwierigkeiten bei den Artt. 13 - 17 EGBGB wegen der typischen Funktion von Sachnormgruppen.

Es bedarf keiner Erklärung, daß die Untersuchung nicht annähernd vollständig sein kann. Dazu sind die aufgeworfenen Fragen zu komplex. Möglich erscheint allerdings das Eingehen auf die Hauptargumente in der gegenwärtigen Diskussion um die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und die Überprüfung ihrer Tragfähigkeit.

Sollte sich hierbei zeigen, daß die Staatsangehörigkeit den modernen Problemen des Kollisionsrechts nicht oder nicht befriedigend gewachsen ist, dann soll in der weiteren Diskussion die Frage gestellt werden, ob der gewöhnliche Aufenthalt geeignet ist, die Schwierigkeiten zu überwinden. Auf dieser Ebene werden dann die Einzelheiten der im Raum stehenden Fragen erörtert werden.

I. Soziale, wirtschaftliche und politische Strukturveränderungen

1. Allgemein zur Bedeutung der Strukturveränderungen für das Kollisionsrecht, insbesondere zum internationalen Eherecht

Wiethölter¹⁾ hat in einem Prolog zu seinem Gutachten "Internationales Nachlaßverfahrensrecht" zum Einfluß der allgemeinen Strukturveränderungen auf das Kollisionsrecht gesagt:

"Die Ablösung konstitutioneller durch demokratische Staatlichkeit und damit die Zertrümmerung des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht, von Gesellschaft und Staat, in ihrem Gefolge insbesondere die Verschiebung ökonomischer, sozialer und politischer Machtentfaltung, der industrialisierte Wirtschafts-, Finanz-, und Sozialstaat, die Politisierung der Wirtschaft, die Ökonomisierung der Politik, die internationale Wirtschaftsverflechtung neben Blockbildung, Entwicklungshilfe und Regionalzusammenschlüssen, kurzum, die neuen Modelle von Gesellschaft, Wirtschaft, Politik und Staatlichkeit, internationalen Gemeinschaften sind einige der Stichworte, denen sich Kollisionsrecht heute zu stellen hat."

Diesen "Daten" stellt er das System des geltenden Kollisionsrechts gegenüber und behauptet, im IPR könne man nicht mehr mit Hilfe einfacher Kategorien die Masse der notwendigen Anknüpfungen gestalten, wie es Savigny, Story, die Statutisten oder Mancini noch getan hätten. Die angeblichen Gegensätze von Personalität - Territorialität

¹⁾ vgl. Wiethölter, Vorschläge und Gutachten, Erbrecht S. 142; ferner ders., Ordre Public S. 135

usw. seien als Hypothesen historischer Entwicklungsansätze nicht mehr valuiert. Eindringlich stellt er die Forderung: "Das IPR ist berufen, sich vom privaten Personenstandskollisionsrecht (im weitesten Sinne) zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftskollisionsrecht zu entwickeln, wenn und wo immer für ein solches Kollisionsrecht Platz ist". Hierbei könnten "moderne Tendenzen in aller Welt" als Vorbild genommen werden.¹⁾

Die Forderung nach einer grundlegenden Umgestaltung des IPR - gerade was die Anknüpfung betrifft - mag auf den Gebieten des internationalen Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrechts möglicherweise berechtigt sein, da die einschneidenden rechtlichen und sozialen Änderungen auf diesen Gebieten scheinbar von keiner parallelen Entwicklung des Kollisionsrechts begleitet wurden.

Ob dieselben Konsequenzen (Aufgabe der Staatsangehörigkeitsanknüpfung zugunsten einer anderen Anknüpfung, zB des gewöhnlichen Aufenthalts) auch für das internationale Eherecht gezogen werden müssen, stößt auf erhebliche Bedenken. Sie entzündeten sich am grundsätzlich eigenständigen Charakter des Eherechts gegenüber den oben erwähnten Bereichen. Es scheint, als ob auf dem Gebiet des internationalen Eherechts eine "wirklich privatrechtliche Bastion" übriggeblieben sei.

1) Wiethölter verweist auf die modernen Lehren, wie sie beispielsweise in den USA von Cavers, Currie und Ehrenzweig vertreten werden. Er verweist ferner auf Steindorff, Sachnormen. Steindorff unterbreitet eigene Vorschläge auf dem Gebiet des internationalen Vertragsrechts und Deliktsrechts. Hinsichtlich moderner Tendenzen auf dem Kontinent verweist er auf Weniger (bezüglich eines internationalen Kartellrechts), auf Batiffol (bezüglich der Beurteilung des "Scandinavian-Airlines-System"); Steindorff, aaO S. 9 FN 2. dazu auch: Siehr, lex-fori-Theorie S. 602: "lex-fori-approach".

Mit Sicherheit haben Technisierung und Industrialisierung einen erheblichen Einfluß auf die Struktur der Ehe und der Familie ausgeübt: Die Großfamilie gehört der Vergangenheit an, die Arbeitsteilung in der Familie hat sich verschoben, die Mobilität der einzelnen Familienmitglieder hat sich verstärkt.

Andererseits ist aber die Tendenz stark, die Familie in das Private auszugliedern, der Ehe und Familie Freiheit vor staatlichen Einflüssen zu gewähren¹⁾ und den Ehegatten im wesentlichen die Möglichkeit eigenverantwortlicher Gestaltung der persönlichen Rechtsbeziehungen einzuräumen (sog. "Autonomie der Familienmitglieder"). - Ihrer rechtlichen Struktur nach ist die Ehe ein auf Dauer gerichtetes Rechtsverhältnis, das sich dem formenden Zugriff des Staatlichen Rechts, erst recht dem wirtschaftlichen und politischen Tagesgeschehen weit stärker als andere Sozialstrukturen entzieht.

Aus dem obigen Katalog lassen daher nur folgende Phänomene einen Zweifel an der Eignung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung aufkommen: Die internationale Wirtschaftsverflechtung mit ihrem Gastarbeiterproblem; die Blockbildung der europäischen Staaten; die Aufhebung der Trennung von Staat und Gesellschaft mit der Folge der Verquickung von öffentlichem und privatem Recht.²⁾

2. Die Phänomene im einzelnen

a) Internationale Wirtschaftsverflechtung und Gastarbeiterproblem

Die weitverzweigte Wirtschaftsverflechtung, das Wohlstandsgefälle unter den europäischen Staaten, die Ausweitung der

¹⁾ vgl. dazu Gernhuber, FamR § 1, insb. S. 2 ff; ferner BVerfGE 6, 55 (71 und 81). Einschlägig: Art. 6 I GG.

²⁾ Dies ist aber im Kapitel (II) "Funktionswandel des Kollisionsrechtes" näher zu besprechen.

Produktion und die Eröffnung neuer Märkte in anderen Ländern und Erdteilen ließ einen gewaltigen Bedarf an Arbeitskräften entstehen, ließ andererseits eine gewaltige Fluktuation aufkommen und machte den Ausbau und die Fortentwicklung des Verkehrs notwendig. Kollisionsrechtlich werden diese Argumente (Freizügigkeit, Handelsverflechtung, Verkehrsentwicklung und gesellschaftliche Fluktuation) für die Forderung der Einführung des Domizilprinzips im Bereich des Personalstatuts eingesetzt.¹⁾

Hierbei wird einmal auf das staatspolitische Moment hingewiesen: Wenn Millionen von Gastarbeitern im Ausland auf Jahre hin beschäftigt seien, dort ihre Familien gründeten und ansässig würden,²⁾ so bestehe die Gefahr von Gruppenbildungen fremden Rechts innerhalb eines Staates. Um dies zu vermeiden, müsse man die Integrierung aller ins eigene

1) vgl. ZB Frankenstein, Projet S. 4, 10; Braga, Wohnsitz S. 42;

2) Beispielsweise haben im Jahre 1970 nahezu 2 Millionen Gastarbeiter in der BRD Arbeit gefunden, von denen sich ein großer Teil ca. 7 - 8 Jahre hier aufgehalten hat (vgl. Statistisches Jahrbuch 1971 S. 131), Familien gegründet hat (1970: 2478 männliche, 2490 weibliche griechische Pers., 1678 männliche, 1402 weibliche jugoslawische Pers., 752 männliche, 694 weibliche spanische Personen - vgl. Stat. Jahrbuch 1972, S. 44) und ansässig wurde. Andere ließen sich von ihren Frauen scheiden, mit denen sie in der Heimat die Ehe eingegangen waren. (Dazu keine genauen Angaben im Statistischen Jahrbuch.). Eine ähnliche Entwicklung vollzieht sich auf dem Gebiet der akademischen Berufe, der Berufsausbildung und der fremden Truppenstationierung. Dazu im einzelnen auch Zweigert, Auswirkungen S. 556;

Rechtssystem betreiben. Dies sei aber nicht über die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, sondern allein an den Wohnsitz zu erreichen.¹⁾

Zum anderen wird darauf verwiesen, daß die betroffenen Personenkreise selbst bei Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit mit einem Recht leben müssen, das möglicherweise mit dem Recht des Landes, in dem das Zentrum der Familie tatsächlich liegt, oder wo der einzelne Fremde seinen Le-

1) Zu diesem Problem zB Braga, Wohnsitz S. 19, 36. Braga weist auf die Schweiz als Musterbeispiel hin. Auch die Resolution des Internationalen Juristenkongresses in Lissabon (1888) habe diese Anknüpfungsmöglichkeit eingeräumt, obwohl damals die Staatsangehörigkeitsanknüpfung im Kommen war. Abgelehnt wurde dieses System auf der 45. Tagung des Institut de Droit International in Siena (1952). Vgl. Annuaire 44 (1952 II) S. 410, 473, 477; Dazu ferner Wahl, Entwicklung S. 129 f; Batiffol, DIP I S. 326 Nr. 269; Wolff, IPR S. 39; Ficker, Verknüpfung S. 303; de Winter, Nationality S. 40; Allerdings gibt es in der derzeitigen Ausländer-Praxis in der BRD andere Tendenzen: Integration erscheint unerwünscht, da hiermit Überfremdung verbunden sei. Daher wird nach 7 - 8 Jahren dem betreffenden Gastarbeiter die Aufenthaltsgenehmigung nicht mehr verlängert. (Sog. "Rotationsverfahren".)-Aber auch die Heimatstaaten können aus politischen Gründen an der Rückkehr der Arbeiter großes Interesse haben: Die Abwanderung von Arbeitskräften kann die eigene Volkswirtschaft bedrohen. Beispiel Jugoslawien, Spanien. Vgl. zB Bericht der Süddeutschen Zeitung vom 11.12.1972 S. 3.

bensmittelpunkt hat, in Widerspruch stehen kann.¹⁾

So führt de Winter an, die stärkste und engste Beziehung bestünde zwischen Menschen und derjenigen Rechtsordnung, welche auch für ihre Umwelt gilt²⁾, die wirtschaftlichen und sozialen Voraussetzungen in einem Land seien die entscheidenden Faktoren für das Familienrecht.³⁾ Schließlich treffe der dem Staatsangehörigkeitsprinzip zugrundeliegende Gedanke der Gesinnungsgleichheit und Einförmigkeit der Rechtsauffassung bezüglich des nationalen Rechts bei den heutigen Verhältnissen nicht mehr zu.⁴⁾

-
- 1) So führt v. Steiger in seinem "Rapport" zur 9. Session der Haager Konferenz aus (vgl. Actes IV, 9. Sess. 1964, S. 220): "Aux moments des migrations normaux, qui se développent fortment, s'ajoute L'exode des Populations entières, le recrutement toujours croissant de mains d'oeuvre étrangère, le stationnement de troupes en dehors de leur pays et de mains autres facteurs, qui ont pour consequences un déracinement, plus ou moins durable, de groupes humains". Ähnlich auch de Winter, Nationality, S. 44;
- 2) vgl. de Winter, Nationality, S. 408 ff;
- 3) vgl. de Winter, Nationality, S. 408: "The law of the community in which he lives and works, by whose cultural influence he will be affected ... in most every domain, whose customs, language and legal concepts he often adopts with astonishing speed, whose joys and sorrows he shares, willingly or unwillingly".
- 4) vgl. de Winter, aaO S. 400 unter Hinweis auf Kollewijn: die auf bestimmten soziologischen Gegebenheiten beruhenden Rechtsauffassungen innerhalb einer Nation könnten viel unterschiedlicher sein als unter Bürgern verschiedener Staaten.

In der Frage der Bedeutung des Rechts der Umwelt, in der eine Person oder die Familie lebt, steht zwar Auffassung gegen Auffassung. M.E. trifft es aber eher zu, daß sich die Ehe als Institution weitgehend unabhängig von dem jeweiligen örtlichen Einfluß der Wertungen, Ansichten und Auffassungen gestaltet und daß sie für Ehegatten, die im Ausland wohnen, ihrer inneren Struktur nach gleich und den Ehegatten daher vertraut bleibt.

Von größerer Bedeutung für die grundsätzliche Beibehaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung gegenüber dem Übergang zum Wohnsitzprinzip scheint folgendes zu sein: Jeder Staat hat ein Interesse daran, die im Zusammenhang mit der Institution Ehe verbundenen weltanschaulichen und politischen Grundanschauungen (sog. "Sozialethik")¹⁾ zu verwirklichen und diesen gesetzgeberischen Zweck auch dann noch zu realisieren, wenn die Ehegatten im Ausland wohnen. Dieses Interesse besteht so lange, als die Staatsangehörigkeit der im Ausland wohnenden Ehegatten vermuten läßt, daß sie später in die Heimat zurückkehren werden.

So zählt derzeit zu den weltanschaulichen und politischen Grundanschauungen, daß die Ehe als Dauerrechtsverhältnis die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zueinander und zu Dritten regelt, das Güterrecht ausgestaltet und die Frage der Auflösung des Ehebandes von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht. Auf dieser Grundlage gestalten die Ehegatten ihre ehelichen Verhältnisse autonom und sie vertrauen auf den Fortbestand dieser Grundlage. Daraus ergibt sich, daß gerade die Ehe auf eine innere Harmonie angewiesen ist, die einen häufigen Statutenwechsel nicht verträgt.

Es liegt auch nahe, daß die Anknüpfung an den flexibleren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt (zu einer Zeit starker Fluktuation) auch notwendigerweise zu einem häufigeren

1) vgl. zB Gernhuber, FamR § 1;

Statutenwechsel führen muß. Häufiger Statutenwechsel ist aber gegen die "innere Harmonie" gerichtet.¹⁾

Dagegen ist die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit gerade bei der oben erwähnten Gruppe der Gastarbeiter, Soldaten usw. von Vorteil: Sie gewährleistet in den meisten Fällen (insbesondere bei gleicher Staatsangehörigkeit der Ehegatten) die Anwendung derselben Rechtsordnung. So erfahren die Beziehungen zwischen Ausländern mit der gleichen Staatsangehörigkeit eine innere Harmonie. Selbst wenn sie nach häufigem oder längerem Aufenthalt im Ausland wieder in ihre Heimat zurückkehren, vollzieht sich eine Wiedereingliederung in die heimatliche Rechtsordnung ohne Schwierigkeiten.

Dies äußert sich beispielsweise darin, daß im Bereich des Art. 13 EGBGB die Gefahr hinkender Ehen gering gehalten wird. Erfolgt die Heirat nach ihrem Heimatrecht, steht ihnen die Welt offen. Im anderen Fall legen sie sich Beschränkungen auf und beschneiden die Freizügigkeit selbst. Dies hat auch positive Auswirkungen auf diejenigen Rechtsverhältnisse, die auf der Ehe aufbauen, wie beispielsweise das Eltern-Kind-Verhältnis: dem Ideal, daß alle Familienmitglieder ein und derselben Rechtsordnung unterliegen, kann man mit Hilfe der Staatsangehörigkeitsanknüpfung sehr nahe kommen.²⁾

1) vgl. auch Schwind, Raum und Zeit, S. 110;
Der gewöhnliche Aufenthalt passe gerade nicht zu den modernen Verkehrsbedingungen und der wachsenden Fluktuation. Die Wohnsitzanknüpfung passe allgemein nur in eine Zeit, in der mit großer Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, daß dies die Rechtsordnung sein werde, die das ganze Leben einer Person beherrsche, in der sich auch das ganze Leben einer Person abspielt. Ähnlich äußert sich schon Niemeyer, Vorgeschichte, S. 56; in der Situation gesteigerten Verkehrs und Fluktuation sei das Wohnsitzprinzip gerade nicht die stabile Grundlage wie ehemals.

2) Dieses Ideal erwähnt Neuhaus, Grundbegriffe, S. 157;

Die Staatsangehörigkeitsanknüpfung ist für den Heimatstaat günstig: Bei den eigenen Staatsangehörigen, deren Rückkehr in die Heimat wahrscheinlich ist oder jedenfalls nicht aus irgendwelchen schwerwiegenden Gründen ausgeschlossen werden muß, solange die Staatsangehörigkeit besteht, kommt im Falle der Rückkehr in die Heimat auch kein fremdes Recht zur Anwendung, wodurch die eigene Sozialordnung gestört werden könnte. So muß gerade die störende Beeinträchtigung einer Sozialordnung durch diejenigen, von der diese Sozialordnung ausgeht und getragen wird, verhindert werden. ¹⁾

Ein letzter Gedanke spricht schließlich für die Beibehaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung, der in engem Zusammenhang mit dem eben vorgetragenen steht: Die politische Unsicherheit bei Ausländern, täglich uU mit Ablehnung eines Verlängerungsantrages für eine Aufenthaltsgenehmigung oder sogar mit einer Abschiebung rechnen zu müssen, läßt nicht zu, sie an einem uU vorübergehenden Recht partizipieren zu lassen, von dem gewiß ist, daß es nicht auf Dauer ihre gesamten Ehe- und übrigen Familienverhältnisse regelt. Das gleiche gilt für diejenigen Personen, die in Ungewißheit damit rechnen müssen, daß sie der Heimatstaat zurückruft, weil er aus wirtschaftlichem Interesse großen Wert auf gelernte oder ungelernte Arbeitskräfte oder sogar auf qualifizierte Fachkräfte in der eigenen Wirtschaft legt, die im Augenblick noch einer fremden Volkswirtschaft zugute kommen.

Die hier gefundene Rechtfertigung zur Beibehaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung hat mit der Begründung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung Mancinis und seiner Nachfolger wenig gemeinsam. Während dort die ethische, historische, sprach-

¹⁾ Der Schutz der "eigenen inneren Sozialordnung" steht nach Joerges bei den Amerikanern Currie und Cavers im Mittelpunkt ihrer kollisionsrechtlichen Arbeiten. Dazu Joerges, Funktionswandel S. 153 ff, 166;

liche und kulturelle Gemeinsamkeit¹⁾ der Herkunft die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nahelegte, ist es hier die kollisionsrechtliche Überlegung, daß die Verhältnisse der Ehegatten auf Dauer harmonisch geregelt werden müssen, und daß die soziale Rechtsordnung des Staates, dem die Personen angehören, auch dann nicht durch eine fremde Rechtsordnung gestört wird, wenn die Personen (Ehegatten) nach längerem Aufenthalt im Ausland in die Heimat zurückkehren.

b. Blockbildung der europäischen Staaten

Im Hinblick auf die Einigungsbestrebungen der Länder Mitteleuropas im Rahmen der europäischen Integration ist die Staatsangehörigkeit als Anknüpfung für das Personalstatut in Frage gestellt worden. Die Kritik stützt sich im wesentlichen auf drei Argumente: auf das in EWG-Verträgen eingeführte Diskriminierungsverbot, auf die Abschwächung der Souveränität der einigungswilligen Länder, sowie darauf, daß die Rechtsauffassungen in diesen Ländern ähnlich seien oder weitgehend übereinstimmen.

aa. Staatsangehörigkeit und Diskriminierungsverbot

Die Mitgliedstaaten der EWG vereinbarten in ihrem Gründungsvertrag zunächst nur eine Zoll- und eine partielle Wirtschaftsgemeinschaft. Bereits in diesem Stadium verbieten einzelne Vorschriften (zB Art. 4 Europäisches Niederlassungsabkommen und Art. 7 I, des EWG-Vertrages v. 2.2.1958) den Mitgliedstaaten die Verschiedenbehandlung der Marktbürger aufgrund der Staatsangehörigkeit.

¹⁾ Mit Recht stellt Kolléwijn fest, daß diese Übereinstimmung innerhalb desselben Staates weniger vorliegen kann, als zwischen den einzelnen Staaten. Vgl. dazu mit Hinweisen De Winter, Nationality, S. 380 f;

Seit der Pariser Gipfelkonferenz vom 19./20. Oktober 1972 ist der Zweck der Gemeinschaft erweitert: Künftig soll die Gesamtheit aller Beziehungen in eine europäische Union umgewandelt werden.¹⁾ Daß hierbei die Vereinheitlichung des Privatrechts ausgeschlossen werden soll, dürfte als unwahrscheinlich gelten.

Wenn man dies bejaht, stellt sich die Frage, ob die Vereinheitlichung des materiellen oder des kollisionsrechtlichen Privatrechts den Vorrang hat. Schon hierbei wird man nach Materien zu unterscheiden haben: Während zB im Bereich des internationalen Warenkaufrechts die Vereinheitlichung des materiellen Rechts vorgehen wird (sog. "weltläufige Materie"), wird man mit Zweigert²⁾ im Bereich des Familienrechts der kollisionsrechtlichen Harmonisierung den Vorrang einräumen müssen, da die materielle Harmonisierung der Familienrechte, auch des europäischen Familienrechts, "mit Gewißheit ungleich schwieriger und zeitraubender" zu vollziehen sein wird als die des Kollisionsrechts. In diesem Punkt unterscheidet sich das Familienrecht auch von anderen Privatrechtsmaterien.

Ob nun aber ein europäisches vereinheitlichtes Kollisionsrecht auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz (Aufenthalt) aufgebaut werden kann, muß sich auch am "Diskriminierungsverbot" einzelner Gemeinschaftsverträge messen lassen.

1) vgl. dazu neuestens Oppermann, JZ 73 S. 41; Allgemein zur Frage Kollisionsrecht - Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; Drobnig, Diskriminierungsverbot S. 636 - 641; Kropholler, Deliktstatut S. 514 ff; ferner Beitzke, ZfRV 5 (1964) S. 80 - 93; Zweigert, Auswirkungen S. 557 f FN 3; Neuhaus Europäisches Familienrecht S. 427 f; Elke Suhr, Personalstatut; dazu Neuhaus, RabelsZ 32 (1968) S. 555; Makarov, Gleichbehandlungsgrundsatz S. 231 ff; Steindorff, Gleichheitssatz S. 47 ff, 53, ist der Ansicht, Art. 7 I EWGV betreffe im wesentlichen nur das Fremdrecht.

2) Vgl. Zweigert aaO S. 557; Neuhaus, Europäisches Familienrecht dagegen, will offensichtlich der materiellen Rechtsvereinheitlichung den Vorrang geben, S. 427 f;

bb) Abbau der Souveränität der einigungswilligen Staaten

Einige Autoren sehen in dem durch die Einigungsbestrebungen bedingten Abbau der Souveränität der einigungswilligen Staaten ein Signal, die Staatsangehörigkeit zugunsten des Wohnsitzes (gewöhnlicher Aufenthalt) als Anknüpfung im Personalstatut aufzugeben.¹⁾ Zugleich sehen einige hierin eine Möglichkeit, der materiellen Rechtsvereinheitlichung näher zu kommen.²⁾

1) vgl. zB de Winter, Nationality, S. 479 ff; Dieser Gedanke taucht ebenfalls in der Sitzung des "Comité français de droit international privé" vom 22.4.1964 auf, wo Präsident Cassin folgendes sagt (vgl. "Travaux" 1962 - 1964, S. 318 f): "Si une Europe est fondée, soit L'Europe des Six soit une Europe plus large, malgré le profond attachement de certains pays comme L'Italie et L'Allemagne à la loi nationale les Européens continueront-ils à garder le critère de la loi nationale, dans un Etat d'organisation régionale intime, qui serait la préface, je ne dis pas à un nouvel Etat au moins à une confédération d'Etats?"

Vgl. Frankenstein, Projet S. 4: "L'Europe ne pourra survivre sans certaines restrictions de la souveraineté. Le mouvement vers une fédération ou Union européenne est l'expression pratique de cette conviction. Mais si la souveraineté de l'Etat ne s'oppose plus à une fédération ou union des Etats européennes, elle ne pourra non plus être invoquée à l'encontre d'une unification du droit international privé européen."

2) vgl. Wahl, Entwicklung S. 153;

cc) Berücksichtigung ähnlicher oder übereinstimmender
Rechtsauffassungen

Vereinzelte wird empfohlen, bei der Anknüpfung zwischen nahen und fernen Ländern, zwischen inhaltlich ähnlichen oder gar übereinstimmenden Rechtsordnungen zu unterscheiden und je nach Nähe oder Ferne, je nach Übereinstimmung oder dem Grad des "Gefälles" die Aufenthaltsanknüpfung (zB innerhalb der EWG-Staaten) oder die Staatsangehörigkeitsanknüpfung zu wählen.¹⁾

¹⁾ vgl. Hinweis de Winter, Nationality, S. 479;

C. Stellungnahme

Gegenüber dem Argument, der Abbau der Souveränität bedinge den Übergang zur Wohnsitzanknüpfung, muß auf die moderne Funktion der Staatsangehörigkeitsanknüpfung im Kollisionsrecht hingewiesen werden: Nicht mehr die Souveränität der Staaten bedingt die Bindung der Personen an das Heimatrecht¹⁾, sondern allein die kollisionsrechtliche Überlegung, daß die Verhältnisse der Person (und der Ehegatten) auf Dauer harmonisch geregelt werden müssen, und daß die soziale Rechtsordnung des Heimatstaates auch dann nicht durch eine fremde Rechtsordnung gestört wird, wenn die Personen nach längerem Aufenthalt im Ausland wieder in die Heimat zurückkehren.

Dagegen bedarf die Frage eines Verstoßes der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit gegen das "Diskriminierungsverbot" des Art. 7 I EWG-Vertrag genauerer Betrachtung.

Während bis zur Pariser Gipfelkonferenz vom 19./20. Okt. 1972 schon die Anwendbarkeit dieser Prüfungsmaßstäbe zweifelhaft erschien²⁾, dürfte jetzt zu Recht davon auszugehen sein, daß sich diese Normen auch auf die Privatrechtsvereinheitlichung innerhalb der einigungswilligen Staaten erstrecken, so daß sie als Prüfungsmaßstab in Frage kommen.

Das Diskriminierungsverbot baut auf dem Gedanken der Gleichberechtigung aller Marktbürger auf: Die verschiedene Staatsangehörigkeit der einzelnen Marktbürger darf nicht zum Anlaß genommen werden, sie auch materiell-rechtlich verschieden zu behandeln.³⁾ Dieser Satz wird aber begrenzt durch die Forderung, daß Ungleiches nicht gleich behandelt werden darf; so gilt auch hier: Das Diskriminierungsverbot ist kein absolutes Differenzierungsverbot (wie zB Art. 3 II GG), sondern nur

1) vgl. P.M. Gutzwiller, Ziel S. 165 f;

2) vgl. Drobnig, Diskriminierungsverbot S. 646; Diese Normen würden sich nicht auf das Kerngebiet des Ehe- und Familienrechts beziehen.

3) vgl. Reitzke, ZRPV 5 (1964), 80 ff, 89; Drobnig, aaO S. 643;

Willkürverbot. Zeigt sich für die Verschiedenbehandlung ein sachlicher Grund,¹⁾ so ist die Differenzierung gerechtfertigt, eine Diskriminierung findet nicht statt.²⁾

Sofort fällt aber folgendes auf: Der Gesetzgeber regelt die Eheverhältnisse der Ausländer nicht unmittelbar durch jeweils verschiedenes materielles Recht, wie es die einschlägigen Normen im Auge haben, sondern nur mittelbar durch Kollisionsnormen; Bei allen richtet sich das anzuwendende Recht nach ihrer Staatsangehörigkeit, so daß sie im Ergebnis materiell nicht gleichgestellt sind, weil für jeden Fremden das jeweilige Heimatrecht zur Anwendung kommt. Diese mittelbare Ungleichbehandlung müßte als Verstoß gegen Art. 7 I EWGV angesehen werden, besonders wenn man daran denkt, daß sie durch die Wahl einer anderen Anknüpfung (zB gewöhnlicher Aufenthalt) ein Ende hat.

Dennoch kann von einer Diskriminierung der Marktbürger infolge der Staatsangehörigkeitsanknüpfung keine Rede sein, weil auch für die mittelbare Ungleichbehandlung ein sachlicher Grundvorliegt: nämlich der, daß die Verhältnisse der Ehegatten zueinander auf Dauer nur durch diejenige Rechtsordnung harmonisch geregelt werden können, zu der eine enge Beziehung aufgrund der Staatsangehörigkeit besteht. Nur diese Anknüpfung macht es möglich, daß möglichst immer und überall dieselbe Rechtsordnung zur Anwendung kommt, und daß die soziale Rechtsordnung des Staates, dem die Personen angehören, auch dann nicht durch eine fremde Rechtsordnung beeinträchtigt wird, wenn die Ehegatten nach einem längeren Aufenthalt im Ausland in die Heimat zurückkehren.³⁾

1) vgl. Kropholler, Deliktstatut S. 615 FN 47;

2) vgl. Beitzke, aaOS. 89; Beitzke meint, die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit eines Marktbürgers sei Ausdruck der Toleranz und nicht der Diskriminierung.

3) vgl. Dröbnig, aaO S. 646, der ebenfalls in der Staatsangehörigkeitsanknüpfung im Bereich des Ehe- und Familienrechts keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot sieht, allerdings aber aus anderen Gründen; vgl. aber Beitzke, ZfRV 5 (1964), 89.

Die Einführung der Aufenthaltsanknüpfung für Länder mit geringem rechtlichen und kulturellen Gefälle hätte zur Folge, daß im Verhältnis zu Ländern mit größerem Gefälle nach wie vor die Staatsangehörigkeitsanknüpfung herangezogen werden müßte; der Schritt zum zweispurigen IPR-System wäre vollzogen. Die Folge wäre, daß es dann erst recht wegen - mit hoher Wahrscheinlichkeit - erfolgreicher Statutenwechsel zu schwerwiegenden Störungen der inneren Harmonie der Ehe kommen würde. Der klassische IPR-Grundsatz von der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen wäre verletzt,¹⁾ der Gesetzgeber wäre in der Festlegung der Anknüpfung im Verhältnis zu den einzelnen Ländern überfordert, weil er das "Gefälle" der gegenwärtigen wie der zukünftigen innerstaatlichen Privatrechte nicht abschätzen kann. Noch größere Bedenken müßten dem Vorschlag entgegengebracht werden, dem Richter für jeden Einzelfall die Beurteilung des "Gefälles" zu überlassen.

Vielmehr macht allein die Staatsangehörigkeit mit der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen ernst. Sie bringt Eindeutigkeit und Klarheit mit sich: was hinsichtlich einer Rechtsordnung mit starkem kulturellen und rechtlichen Gefälle billig ist, ist es erst recht im Verhältnis zur Rechtsordnung mit weniger starkem oder gar keinem Gefälle. Ob hier an die Staatsangehörigkeit oder an den Wohnsitz angeknüpft wird, gilt gleich.²⁾

Es besteht natürlich die Möglichkeit, Verwandtschaften und Abständen von Rechtsordnungen durch internationale IPR-Abkommen zu berücksichtigen. Es werden dann nur diejenigen

1) vgl. auch Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 20, wo auf die Härte hingewiesen wird, die - bei Geltung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes - auf Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit zukommt, die in einem Land wohnen, deren Eherecht sich von ihren, einander sehr ähnlichen Heimatrechten, stark unterscheidet. De Winter will dagegen die Trennung vornehmen, Nationality S. 479;

2) ähnlich Neuhaus, Grundbegriffe S. 148, der auf die Gefahr von Überschneidungen hinweist, allerdings bei "Nachbar- und entfernteren Staaten".

Staaten beitreten, zwischen deren Privatrechtsordnungen in den jeweiligen Bereichen kein starkes Gefälle herrscht. Unter ihnen mag - vergleichbar mit Staaten mit Teilrechtsordnungen¹⁾ - die flexiblere Wohnsitzanknüpfung erwünscht sein. Hauptbeispiele dazu sind die verschiedenen Haager Abkommen, die strukturell gleich liegen: Zwischen den Vertragsstaaten dient vorwiegend²⁾ der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfung, im Verhältnis zu den Nicht-Vertragsstaaten die in den Vertragsstaaten jeweils übliche Anknüpfung, Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit.

Aus dem Gesagten wird nun auch verständlich, weshalb die Wohnsitzanknüpfung die bestehenden materiellen Rechtsunterschiede nicht schon aus sich selbst heraus nivellieren kann; Wohnsitzanknüpfung setzt allgemein weitgehende Rechtseinheit voraus.³⁾

Im Ergebnis ist demnach festzuhalten: die sich aus der Blockbildung der europäischen Staaten für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ergebenden Probleme der Diskriminierung, der Abschwächung der Souveränität und der Ähnlichkeit oder Gleichartigkeit der nationalen Rechte in diesem Bereich wenden sich keinesfalls gegen die Staatsangehörigkeit als Anknüpfung für das Personalstatut; vielmehr kann sie sich gegenüber den aufgeworfenen Fragen und Zweifeln durchsetzen. Ein Übergang zum gewöhnlichen Aufenthalt ist aufgrund der angeschnittenen Sachfragen nicht erforderlich.

1) Es soll nicht bezweifelt werden, daß bei Staaten mit Mehrrechtsgebieten die Wohnsitzanknüpfung wegen der Gleichartigkeit der Rechte eine durchaus praktikable Anknüpfung darstellt. Dann aber steht ihr Funktion als interlokaler Anknüpfungspunkt im Vordergrund. Vgl. zB Siehr, lex-fori-Theorie S. 592 ff; Ferid, Neubürger S. 91;

2) Zugleich muß erwähnt werden, daß die Haager Konventionen - neben dem gewöhnlichen Aufenthalt - auch die Staatsangehörigkeit als Anknüpfung im Verhältnis zu den Vertragsstaaten verwenden (zB Art. 13 III Minderjährigenschutzabkommen, in Kraft seit 17.9.1971 in der BRD). Siehe dazu aber auch unten S. 196 ff, 205, 207 f. Im Adoptionsabkommen steht die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit derjenigen an den gewöhnlichen Aufenthalt nahezu gleichberechtigt gegenüber.

3) vgl. zB E. Wahl, Entwicklung S. 153;

II. "Funktionswandel des Kollisionsrechts"?

In einigen modernen Arbeiten zur Fragestellung des IPR wird der Staatsangehörigkeitsanknüpfung der Vorwurf gemacht, sie wirke "formell", sie stelle einen "blinden Mechanismus" dar.¹⁾ Materielle Bedürfnisse blieben außer Ansatz, Sinn und Zweck der verwiesenen Rechtsordnung würden vor der Entscheidung nicht in Betracht gezogen. Die auf Savigny zurückgehende Fragestellung nach dem "Sitz des Rechtsverhältnisses" und der sich daran anschließenden "Nationalisierung internationaler Sachverhalte"²⁾ entspreche den Anforderungen der modernen Wirtschafts- und hochmechanisierten Industriegesellschaft mit den internationalen Verflechtungen der Rechtsverhältnisse nicht mehr.

1. Berücksichtigung materieller Interessen

Statt dessen wird gefordert, das IPR müsse künftig ergebnisbestimmt sein. Sowohl die Kollisionsnormen selbst wie die Anwendung des fremden Rechts müßten materiellrechtlich orientiert sein. Die Trennung des Kollisionsrechts vom materiellen Recht sei aufzuheben.

1) vgl. Gutzwiller, P.M., Ziel S. 167 ff, 169: des "bisherigen Systems"; ferner Joerges, Funktionswandel S. 157 f; andere Arbeiten in diesem Bereich: Wiethölter, Ordre public S. 140; ders., Vorschläge und Gutachten, Erbrecht S. 142; ferner Siehr, Lex-foi-Theorie S. 585 ff; Heini, Strömungen S. 70: gemeinsamer Grundzug im amerikanischen IPR: "Ersetzung der starren dogmatischen Formeln der Vergangenheit durch aufgelockerte, aus der Abwägung typischer Interessenlagen gewonnene Regeln"; Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht S. 547, der die Parteiautonomie im int. Ehe- und Familienrecht aufwerten will (S. 572).

2) dazu eingehend, kritisch Steindorff, Sachnormen S. 9 ff; Steindorff behandelt allerdings nur das internationale Vertrags- und Deliktsrecht, aber auch die Qualifikationsfrage unter diesem Gesichtspunkt kritisch und schlägt eigene Lösungen vor.

Wenn man, wie es Neuhaus¹⁾ unternahm, die modernen Strömungen in "Materialisierung", "Politisierung" und gänzliche "Verneinung" des IPR einteilt, so läßt sich bei genauerer Untersuchung feststellen: Es besteht in den neuen Doktrinen die Tendenz zu einem statistischen Ansatz in der Fragestellung. Das Hauptgewicht der Überlegungen liegt im Bereich der Anwendung des fremden Rechts: man fragt, welche der überhaupt denkbaren anwendbaren Rechtsordnungen entspricht den materiellen Interessen eines gegebenen Sachverhaltes am besten? Die Entscheidung für ein bestimmtes Recht fällt erst nach Beantwortung dieser konkret gestellten Frage.

Nur eine Minderheit will diese Frage über eine generelle Entscheidung einer Kollisionsnorm lösen. So will P.M. Gutzwiller in Anlehnung an amerikanische Vorbilder (Currie, Cavers, Ehrenzweig) die potenziell anwendbaren Normen nach den von ihnen geschützten Interessen analysieren und, unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinschaftsinteressen (sog. "policies")²⁾, diejenigen Normen zur Anwendung bringen, die

1) vgl. Neuhaus, Neue Wege S. 401 ff; Neuhaus gibt einen kritischen Überblick über die neuen Strömungen im IPR, allerdings hauptsächlich beschränkt auf Deutschland und die Schweiz. Im Ergebnis spricht er sich unmißverständlich für das klassische IPR auf der Grundlage savignyscher Fragestellung aus; Weitere Literaturhinweise.

2) vgl. P.M. Gutzwiller, Ziel S. 168 ff; Näheres zum Begriff der "policies" bei Joerges, Funktionswandel, S. 153; Heini, Strömungen, S. 47 ff;

der materiell- und international-privatrechtlich am meisten interessierten Rechtsgemeinschaft angehören.¹⁾ Andere²⁾ stellen den konkreten Fall in den Mittelpunkt der Fragestellung und verlangen, diejenige Rechtsordnung anzuwenden, die im Ergebnis die materielle bessere Lösung oder einen

1) zB Gutzwiller, aaC S. 168 ff; in diesem Zusammenhang kommt Wiethölter auf die Frage der Trennung des Privatrechts vom öffentlichen Recht zu sprechen: diese Spaltung dürfe nicht nur fall- oder fallgruppenweise überwunden werden! Ähnlich auch Joerges, Funktionswandel S. 157: Die Möglichkeit sei dahin, Rechtsverhältnisse "von ihren Bindungen in staatlich-politische Sphären zu isolieren ...", die individuelle sittliche Würde und Freiheit des Menschen sei nicht mehr schlechthin Ziel und Aufgabe des Rechts (sic!). Das Hauptgewicht liege vielmehr auf der Herstellung des öffentlichen Wohls. Der Staats sei selbst Partei (S. 155), daher müsse über "Governmental interests Analysis" die Notwendigkeit und Möglichkeit eines staatlichen Interventionismus in die private Sphäre der Gesellschaft untersucht werden. Ziel sei die gegenseitige Verschränkung der staatlichen und gesellschaftlichen Sphären. Zur Frage der Anwendung fremden Rechts: Hier müsse die "neo-comitas"-Lehre Raum gewinnen (S. 154 ff, 165).
... Neuestens hat Joerges seine Thesen am Recht des Unlauteren Wettbewerbs dargestellt: "Das klassische Konzept des IPR und das Recht des Unlauteren Wettbewerbs" in RabelsZ 36 (1972) S. 421 ff. Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Arbeit würde den Rahmen unseres Themas sprengen.

2) vgl. Hinweise bei Neuhaus, Neue Wege S. 407 ff.
K. Siehr, Lex-foi-Theorie S. 627; (sog. materiale 'choice-influencing considerations') Im Gegensatz dazu die bisher hM. Die hM dargestellt bei Staud.-Raape, Kommentar S. 3; die hM bejaht zwar grundsätzlich die Trennung materielles Recht - Kollisionsrecht, bildet aber die Systembegriffe (Anknüpfungsgegenstände der Kollisionsnormen) in Anlehnung an das innere Sachrecht. Vgl. auch Beitzke, Betrachtungen S. 19 f;

konkreten Nutzen herbeiführt.¹⁾ Bei dieser Ansicht kommt es immer auf die besondere Begünstigung von bestimmten Personen oder Rechtsgeschäften an.

Würde man diese neue Fragestellung bejahen, müßte man von der Staatsangehörigkeitsanknüpfung abgehen, weil sie als unflexiblere, generelle und auf die Besonderheiten des Einzelfalls nicht Rücksicht nehmende Anknüpfungsmethode diesen Erfordernissen nicht genügen wird. An ihre Stelle würde entweder die *lex-fori*, oder möglicherweise die *lex-domicilii* (als gewöhnlicher Aufenthalt) oder eine alternative Anknüpfung unter mehreren Anknüpfungsmethoden in Frage kommen.²⁾

1) vgl. dazu Hinweise bei Neuhaus, Neue Wege S. 408;

2) vgl. Steindorff, Sachnormen S. 275. Die Mehrfachanknüpfung liege nach Steindorff nahe beim internationalen Deliktsrecht und dem int. Vertragsrecht.

2. Konsequenzen für das internationale Eherecht

Würde man diese Gedanken auf das internationale Eherecht des EGBGB übertragen, so müßte im Rahmen der Eheschließung entweder dasjenige Recht zur Anwendung kommen, das den Parteien am wenigsten Hindernisse in den Weg legt, oder, - betont man gewisse innerstaatliche Normen und gibt ihnen den Charakter des Zwingenden -, es müßten praktisch mehr besondere Vorbehaltsklauseln eingesetzt werden, die man gerade in der kollisionsrechtlichen Diskussion aus dem Gesetz verbannen möchte, weil sie den internationalen Entscheidungseinklang stören.¹⁾ Im Bereich des Art. 14 EGBGB wäre man in Verlegenheit: soll man, wenn man eine Partei besonders begünstigen will, dasjenige Recht zur Anwendung berufen, das einem der Ehegatten den höchsten Unterhalt zubilligt, oder dasjenige Recht, das dem Unterhaltspflichtigen die wenigsten Pflichten auferlegt? Die Reihe der Verlegenheiten und Ratlosigkeit könnte man über Art. 15 bis Art. 17 EGBGB fortführen, ohne mehr Klarheit, geschweige denn mehr Gerechtigkeit für die betroffenen Parteien, aber auch für die betroffenen Rechtsgemeinschaften zu erlangen.

¹⁾ vgl. Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 8, 10;

3. Berücksichtigung materieller und rechtspolitischer Bedürfnisse im geltenden Kollisionsrecht

Untersucht man das geltende Kollisionsrecht oder die internationalen Abkommen auf materielle oder rechtspolitische Entscheidungen hin, so wird bald deutlich, daß die Behauptung unrichtig ist, materielle und rechtspolitische Bedürfnisse blieben im geltenden Kollisionsrecht außer Ansatz.

So will das Haager Testamentformabkommen v. 5.10.1961¹⁾ mit Hilfe mehrerer alternativer Anknüpfungen die Voraussetzungen dafür schaffen, daß letztwillige Verfügungen weitgehend wirksam sein werden. Als Beispiel für die offene Begünstigung von Personen durch Kollisionsnormen sei das Haager Adoptions-Abkommen vom 15.11.1965 erwähnt, das zum Schutz des Adoptivkindes die Zuständigkeit der Behörden und das anwendbare Recht (lex fori!) an die "résidence habituelle" des Annehmenden knüpft, weil nur diese Behörde in der Lage sei, die tatsächlichen Voraussetzungen für eine gedeihliche Adoption richtig einzuschätzen.²⁾

Hiermit sind aber weder materielle noch staatspolitische Ansätze im geltenden Recht erschöpft. Bei genauerer Betrachtung der Kollisionsnormen des EGBGB ergibt sich, daß sie einen ganz erheblichen materiellen Gehalt haben, wenn auch auf "höherer Ebene" oder abstrakterer Art.³⁾

-
- 1) vgl. dazu näher, Ferid, RabelsZ 27 (1962) S. 417 ff; Scheucher, ZFRV 5 (1964) S. 216-223; dazu auch Neuhaus, Neue Wege, S. 409 ff; dort andere Beispiele, zB Rechtsprechung zum Deliktsrecht seit RGZ 23, 305; der Grds. der "favor divortii" liegt dem CIEC-Abkommen v. 8.9.67 zugrunde (Anerkennung von Ehescheidung) dazu Simitis, RabelsZ 33 (1969, S. 47 ff); Zur Favor legitimatiosis zB OG Zürich v. 4.9.69 in SJZ 69, 374, zit. bei Neuhaus, Neue Wege S. 410;
- 2) dazu Kegel, IPR S. 384; Schwind, StAZ 65, 33-37; Ficker, RabelsZ 30 (1966) S. 609 ff;
- 3) vgl. zB Dölle, IPR S. 3, 27 f, 38;; Zweigert, Fschr. Raape (1949) S. 50; weitere Hinweise bei Siegrist, RabelsZ 24 (1959) S. 64 ff.

So ist der Grundansatz in der Anknüpfungsfrage rein materieller Art, welcher fordert, daß diejenige Rechtsordnung gefunden werden müsse, zu welcher der fragliche Sachverhalt die "engste Beziehung" hat, welcher er als Gegenstand rechtlicher Beurteilung gerechter- und zweckmäßigerweise zugehört.¹⁾

Besonderer Ausdruck⁴⁾ materieller Gerechtigkeit findet sich gerade auf dem Gebiet des Personalstatuts und im Eherecht: wenn im geltenden internationalen Eherecht die Staatsangehörigkeit die Hauptanknüpfung darstellt, wird dadurch der materiell politischen Absicht Ausdruck gegeben, daß die besondere rechtliche Ausgestaltung "der die jeweilige Rechtsordnung beherrschenden Eheauffassung"²⁾ mit der Person auf Dauer verbunden wird. So hat die materielle Entscheidung des Gesetzgebers, die Ehe als eine auf Dauer angelegte Gemeinschaft zwischen Mann und Frau zu institutionalisieren, auch eine Anknüpfung bedingt, der die Dauerhaftigkeit immanent und ein mehrmaliger Wechsel fremd ist. So vertragen die Ehestatuten nicht nur nicht einen häufigen Statutenwechsel, es kann auch nach vollzogenem Statutenwechsel zu inneren Disharmonien kommen, die entstehen, wenn bei abgeschlossenen Tatbeständen ein früheres Statut nachwirkt (vgl. zB sog. hinkende Rechtsverhältnisse bei Eheschließung oder Scheidung) oder wenn bei nicht abgeschlossenen Tatbeständen das frühere Statut mit dem neuen Statut zusammentrifft und ihm möglicherweise widerspricht.³⁾

1) vgl. Dölle, aaO S. 38;

2) vgl. Gernhuber, Familienrecht S. 10 ff; 21 ff;

3) vgl. zu diesen Fragen auch Ferid, Neubürger S. 26;

4) P.M.Gutzwiller, Ziel S. 171 gesteht zu, daß die überkommene Lehre gewisse, auf Berücksichtigung des materiellrechtlichen Ergebnisses hinauslaufende 'Korrektive' vorsieht.

Diesem Interesse der Parteien an einem möglichst dauerhaften inneren Entscheidungseinklag und - im Falle der Rückkehr in die Heimat - an einer reibungslosen Integrierung in die nationale Rechtsordnung, steht das staatspolitische Interesse gegenüber, daß das innere Gefüge des eigenen Sozialsystems nicht durch die Anwendung fremder Normen gestört wird,¹⁾ welche zur Beurteilung und Aktualisierung des Rechtsverhältnisses zwischen eigenen Staatsangehörigen herangezogen werden müssen. Gerade bei ihnen liegt die Vermutung nahe, daß sie im Laufe ihres Lebens immer wieder mit ihrem Heimatstaat in Kontakt kommen werden, solange sie nicht durch einen Wechsel der Staatsangehörigkeit zu erkennen gegeben haben, daß sie die Brücken zum Heimatstaat für immer hinter sich abreißen wollen.

Schließlich seien noch staatspolitische Absichten genannt, die im geltenden Recht (von Art. 30 abgesehen) in den sog. "Besonderen Vorbehaltsklauseln" niedergeschlagen werden: so handelt es sich bei Art. 13 III EGBGB und Art. 17 IV um die Beachtung zwingender Normen des inländischen Sachrechts. Bei Art. 7 III und 16 I EGBGB geht es um den Schutz des inländischen Rechtsverkehrs; dem besonderen Schutz deutscher Staatsangehöriger dienen Artt. 12 und 17 III EGBGB. - Allerdings wird in der gegenwärtigen kollisionsrechtlichen Reformliteratur diesen besonderen Vorbehaltsklauseln (mE zu Recht) Mißtrauen entgegengetragen, teilweise werden sie eliminiert.²⁾ Insofern ist die Entwicklung sogar rückläufig.

-
- 1) vgl. Kegel, IPR S. 46 ff., der diese und ähnliche Phänomene mit dem Begriff "Ordnungsinteresse" bezeichnet: so besteht ein Interesse daran, daß kein Normenmangel, aber auch keine Normenhäufung entsteht. Zum Schutz des eigenen Sozialsystems, Joerges, Funktionswandel S. 43 ff., 55 ff., 153 ff.
- 2) vgl. zB Kropholler, RabelsZ 33 (1968) S. 98; Vorschläge und Gutachten, Ehrerecht S. 8, 10; Müller in Vorschläge und Gutachten, Ehrerecht S. 43;

4. Stellungnahme, "Funktionswandel des Kollisionsrechts" im Bereich des internationalen Eherechts?

Die vorangehenden Ausführungen machen deutlich, daß sich die Ehestatuten ihrer Natur nach nicht vergleichen lassen mit denjenigen Materien, in deren Bereich Vorschläge für eine einschneidende Umgestaltung des Kollisionsrechts gemacht werden.¹⁾ Die Ehestatuten werden einem Recht entnommen, mit dem die Ehegatten auf Dauer verbunden sind; dies entspricht der Natur jedes materiellen Eherechts, so daß man die Behauptung wagen kann, Art und Struktur der Anknüpfung entspricht dem materiellen Kern des zu regelnden Anknüpfungsgegenstandes, des zu regelnden materiellen Sachgebietes. Von einem blinden oder gar formellen Mechanismus kann keine Rede sein.

Es hat sich auch gezeigt, daß der Vorwurf nicht zutrifft, daß die geltenden Kollisionsnormen Ausdruck eines seit Savigny entpolitisierten Kollisionsrechts seien, dem das Prinzip der Trennung des Staates von der Gesellschaft zugrunde liege.²⁾ Im Gegenteil, staatspolitische Interessen sind in den sog. "Besonderen Vorbehaltsklauseln" verborgen, sie liegen insgesamt der Staatsangehörigkeitsanknüpfung der Ehe als institutionalisiertem Dauertatbestand zwischen den Ehegatten zugrunde.

Daher soll entgegen der vorgebrachten Kritik einer sog. "neo-comitas-Lehre" grundsätzlich an der Staatsangehörigkeitsanknüpfung festgehalten werden, soweit es sich um den Bereich des internationalen Eherechts handelt. So bleibt es bei der erwünschten voraussehbaren generellen Verweisungsentscheidung der Kollisionsnorm; der Grundsatz der Gleich-

1) vgl. S. 38!

2) vgl. S. 39 Anm. 1!

wertigkeit aller Rechtsordnungen ist gewahrt. Nur so kann verhindert werden, daß ein "für das eigene Sachrecht anerkannter Grundsatz außerhalb des eigenen Rechtsanwendungsbereichs zur Geltung gebracht" wird, und daß die Absichten und Interessen des jeweiligen Gesetzgebers unnötig überbetont werden, so daß die eigenen Gesetze einen ungerechtfertigt weiten Anwendungsbereich haben. So bleibt es auch weiterhin - bei der Anwendung des fremden Rechts - bei dem berühmten "Sprung ins Dunkle"; stark abweichende materielle Entscheidungen einer fremden Rechtsordnung müssen über Art. 30 EGBGB gefiltert werden. Hierbei hat man in der Frage des Sittenverstoßes und des Verstoßes gegen den Sinn und Zweck eines inländischen Gesetzes strenge Maßstäbe anzulegen.

Andererseits wird aber im Laufe der Arbeit deutlich werden, daß dieser Grundsatz nicht ausnahmslos durchgeführt werden wird. Sobald sich zeigt, daß die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der inneren Struktur des Anknüpfungsgegenstandes nicht mehr entspricht, wird die Staatsangehörigkeit einer anderen Anknüpfung, nämlich dem gewöhnlichen Aufenthalt weichen müssen, sofern sich zwischen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt und der Struktur der geregelten Materie ein innerer Zusammenhang entwickeln läßt.

-
- 1) Joerges gesteht auch zu, Funktionswandel S. 145, daß außer auf den von ihm besprochenen Gebieten des Deliktsrechts, des Vertrag- und Erbrechts es bislang kein Gebiet gebe, in dem von einer kollisionsrechtlichen Neuorientierung die Rede sein könnte und zwar im Sinne einer "governmental interests analysis".
 - 2) Braga, Wohnsitz S. 35 ff beklagt sich über die Staatsangehörigkeitsanknüpfung, durch die ein Einbruch in die Privatrechte erfolgt sei: "Dem Staat soll das zugesprochen werden, was ihm zusteht, nicht aber mehr". Daher sei eine Verknüpfung des Inländers im Ausland mit dem Heimatrecht nicht gerechtfertigt ("nicht mehr zeitgemäß!").

III. Grundgesetz und IPR im Bereich des internationalen Eherechts

1. Die Neue Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis der Grundrechte zu den Normen des IPR

a) Kollisionsrecht im Rang unter der Verfassung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 1971 hat für die Frage des Verhältnisses der Grundrechte zu den Normen des inländischen Kollisionsrechts grundsätzliche Bedeutung.

Im Fall der sog. "Spanierheirat"¹⁾ wollte eine geschiedene Deutsche Protestantin einen ledigen katholischen²⁾ Spanier heiraten. Das über Art. 13 EGBGB anzuwendende spanische Recht verbietet die Ehe eines Spaniers mit einer Geschiedenen. Der BGH hat in ständiger Rechtssprechung entschieden, daß das zweiseitige spanische Ehehindernis der Doppelehe in Deutschland zu respektieren sei.³⁾

-
- 1) vgl. BVerfGE 31, 5 = FamRZ 71, 414; umfangreiche Hinweise in RabelsZ 36 (1972) S. 145; Zu dieser Entscheidung vgl. auch die Aufsätze in RabelsZ 36 (1972) S. 1 ff, ferner Sturm, Durchbruch S. 16; Insgesamt zu dieser Frage: Beitzke, GG und IPR S. 14 ff, 29 ff; auch Lüderitz, FamRZ 70, 169 ff; In einer umfassenden Würdigung legt das Gericht den gesamten Streitstand zu diesem Problem dar, setzt sich mit den verschiedenen Ansichten kritisch auseinander und begründet die eigene Ansicht sorgfältig. Aus diesen Gründen kann hier auf ein näheres Eingehen auf den schon lange andauernden Streit verzichtet werden. Aus dem Schrifttum zB Siegrist, Gleichberechtigung S. 54-114; Sonnenberger, GG; Perid, Wechselbeziehungen S. 119-148; Gamillscheg, Reform S. 654 ff; ders. in Staud.-Gamillscheg, Bem. 38 vor 13.
- 2) Der Vollständigkeit halber sei hier noch erwähnt, daß der Spanier bereits im Jahre 1967 seinen Austritt aus der kath. Kirche erklärt hatte.
- 3) vgl. zB BGHZ 41, 136 (151); 42, 7 (12 ff); 50, 370 (375 F); 54, 123 (129 f); 54, 132 (140);

Obwohl das Hauptgewicht dieser Entscheidung bei der Frage der Anwendbarkeit ausländischen Rechts liegt, hat das Gericht zugleich die Gelegenheit wahrgenommen, das Verhältnis der Verfassung, insbesondere der Grundrechte zum IPR zu klären. Leitsatz zwei lautet: "Die Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts und die Anwendung des durch sie berufenen ausländischen Rechts im Einzelfall sind an den Grundrechten zu messen."

In den Gründen führt das Bundesverfassungsgericht aus: "Auch im internationalen Privatrecht ist von den Leitnormen des Art. 1 III GG auszugehen, die im Geltungsbereich des Grundgesetzes alle staatliche Gewalt mit unmittelbarer Wirkung für die Grundrechte bindet ..., als nationales innerstaatliches Recht ... sind die Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts in vollem Umfang an den Grundrechten zu messen."¹⁾

b) Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 I EGBGB

Zunächst prüfte das Gericht die Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 I EGBGB an Art. 6 I GG und kam zu dem Ergebnis, daß ein Verstoß nicht vorliege. Generell betrachtet beruhe die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit auf der fort-dauernden persönlichen Verbundenheit mit dem Heimatstaat. Den Staatsangehörigen sei das vom Gesetzgeber der eigenen Nationalität geschaffene, auf Personen ihrer Nationalität ausgerichtete Recht am vertrautesten.²⁾

1) vgl. BVerfGE RabelsZ 36 (1972) S. 154 (C III, 3)

2) vgl. BVerfGE (C IV, 2) aaO S. 157 Hinweis auf Kegel, IPR, 2. Aufl. S. 35 f; ferner Müller-Freienfels, JZ 57, S. 141 ff (144);

Zur Prüfung des Kollisionsrechts an anderen Grundrechtsbestimmungen führte das Bundesverfassungsgericht aus: Auch ein Verstoß des Art. 13 I EGBGB an anderen Grundrechtsbestimmungen sei nicht ersichtlich.¹⁾ Daraus folgt, daß Art. 13 I EGBGB auch nicht gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung verstößt, was im übrigen auch nie bezweifelt wurde. Wegen der Beachtung des jeweiligen Heimatrechts der Migrantinnen auf dem Gebiet der Eheschließung wird dem Grundsatz der Gleichberechtigung in vollem Maß entsprochen.

Zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit anderer Kollisionsnormen hat das Gericht ausgeführt²⁾, die Überprüfung könne sich freilich nur darauf erstrecken, ob die generelle Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für ein "bestimmtes Regelungsprinzip, besonders die Auswahl der Anknüpfungspunkte, mit den Grundrechten vereinbar ist". Somit hat das Gericht nur die Richtung gewiesen, einer Entscheidung hat es sich enthalten.

1) vgl. BVerfGE aaO S. 159 unter Hinweis auf BGHZ 41, 136 (150) = IPRspr. 64/65 Nr. 74; Irrtümlich hat Staud.-Gamillscheg, Bem. 49 vor Art. 13 angenommen, das BVerfGE habe auch die Verfassungswidrigkeit der Art. 15 und 17 EGBGB, und der hM zu Art. 14 ausgesprochen. Davon ist aber in der Entscheidung des BVerfG keine Rede.

2) vgl. BVerfGE aaO S. 154;

c) Die neue Ausgangslage für die Wahl der Anknüpfung
in den Artt. 13 - 17

Soweit das Bundesverfassungsgericht die Meßbarkeit der Kollisionsnormen an den Grundrechten bejaht hat, ist ihm ohne Vorbehalt zuzustimmen: Spätestens seit dem "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958¹⁾ hat sich der allgemeine Grundsatz durchgesetzt, daß alles Recht im Rang unter der Verfassung als Grundentscheidung im Lichte dieses objektiven Wertordnungssystems neu geschaffen²⁾, fortgebildet oder interpretiert werden müsse. - Davon machen auch die Normen des internationalen Privatrechts keine Ausnahme.

Durch diese Entscheidung ist der häufig vertretenen Ansicht der Boden entzogen worden, das IPR gehe dem Verfassungsrecht vor, als Grenzrecht bestimme es dessen persönliche und räumliche Reichweite.³⁾ Ebenfalls wird nur noch mit großer Mühe der Standpunkt vertreten werden können, die Kollisionsnormen seien reine Ordnungsvorschriften, deren technischer

1) vgl. BVerfGE 7, 198 (205);

2) vgl. dazu auch Sturm, Gleichberechtigung S. 171, 177; Lüderitz, RabelsZ 36 (1972) S. 35; Kegel, RabelsZ 36 (1972) S. 30. Kegel kritisiert die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise des BVerfG : Das IPR erschöpfe sich nicht in seiner Anwendung durch Behörden und Gerichte. ME übersieht Kegel, daß das Bundesverfassungsgericht nicht nur Behörden und Gerichte, sondern auch den Gesetzgeber (gerade den Gesetzgeber!) anspricht und von ihm eine verfassungskonforme Reform des Kollisionsrechts verlangt (vgl. BVerfG aaO, C III, 3);

3) vgl. dazu Sturm, Durchbruch S. 16; Gamillscheg, Int. Arbeitsrecht S. 122;

wertneutraler Charakter¹⁾ es nicht zuließe, an den materiellen Entscheidungen der Verfassung gemessen zu werden. Vielmehr ergibt sich aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, daß die Kollisionsnormen durchaus auch Träger materieller Entscheidungen sind, und als solche meßbar an den Grundrechten.

Dieser Hinweis schadet aber dem Grundsatz nicht, daß das anzuwendende Recht nach dem Kriterium der "engsten Beziehung" auszuwählen sei. Nur eines hat sich infolge der besprochenen Entscheidung geändert: Der Topos "engste Beziehung" umfaßt nicht mehr nur räumliche, soziale und uU auch zeitliche Komponenten, sondern umfaßt neben der Gesamtheit aller kollisionsrechtlichen Kriterien, die in der Wahl der Anknüpfung zusammenwirken müssen, auch noch die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen, wie sie in den Grundrechten zum Ausdruck kommen.

¹⁾ So zB noch Dölle, Gleichberechtigung S. 39 ff; RabelsZ 16 (1953) S. 119; ders. in Festschr. Kaufmann (1950) S. 19 ff, Sonnenberger, MDR 64, 283 f; Dem ist bereits Beitzke, GG und IPR entgegengetreten: sogar Ordnungsvorschriften unterlägen dem GG, sie seien auch nicht völlig neutral, vielmehr seien auch bei Ordnungsvorschriften Entscheidungen gefallen iS des "richtigen Rechts". aaO S. 16: "Bestimmte Ordnungsvorstellungen"! Die Rspr. bietet zu dieser gesamten Frage aber kein einheitliches Bild. Hierzu aber weitere Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 48 Vor Art. 13; 21 zu Art. 14;

2. Art. 3 II GG und staatsangehörigkeitsrechtliche Mischehen.
Verfassungsmäßigkeit der hM zu Art. 14, der Artt. 15 und
17 EGBGB.

a) Problemstellung

Schon bald nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes ging es um die Frage, ob das internationale Privatrecht des EGBGB, insbesondere die Normen, die vorrangig an die Staatsangehörigkeit des Mannes anknüpfen, wegen Art. 117 I GG iVm Art. 3 II GG noch über den Zeitpunkt des 31. März 1953 hinaus fortgelten würden.

Zum zweiten Male stellte sich die - hiermit implizit gestellte - Frage nach der Verfassungsmäßigkeit dieser Normen (Verschiedenbehandlung von Mann und Frau im Kollisionsrecht), nachdem § 6 RuStAG durch Gesetz v. 19.8.1957¹⁾ im Sinne des Gleichberechtigungsgesetzes dahin geändert wurde, daß die Ehefrau nicht schon durch die Eheschließung mit einem Deutschen die deutsche Staatsangehörigkeit erwarb, sondern künftig eine vom Ehemann verschiedene Staatsangehörigkeit beibehalten konnte.²⁾

In beiden Fällen waren und blieben die Ansichten geteilt, der Streit setzte sich bis in die Gegenwart fort, und eine Entscheidung ist dringlich, da heute der Fall der verschiedenen Staatsangehörigkeit der Ehegatten an der Tagesordnung ist. Die Kernfrage lautet so: Verstößt die einseitige Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes bei Art. 15 I, Art. 17 I und bei der hM zu Art. 14, sofern die Ehegatten keine gemeinsame Staatsangehörigkeit haben, gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau gemäß Art. 3 II GG?

1) vgl. BGBl 1957 I 1251; dazu Makarov, Staatsangehörigkeitsrecht S. 55 f, 75 ff;

2) vgl. auch Sturm, Gleichberechtigung S. 155 ff;

b) Meinungsstand

Eine starke Ansicht ging bisher davon aus, daß die Bevorzugung des Mannesrechts bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten, wie es das Gesetz in Art. 15 I, II und Art. 17 I EGBGB, aber auch die HM¹⁾ im Bereich der persönlichen Ehwirkungen, Art. 14 I EGBGB vorschreibt, nicht gegen Art. 3 II GG verstoße und daher auch nicht schon mit dem 31.3.1953 außer Kraft getreten ist.

Zwei Argumente werden im wesentlichen herangezogen: Art. 3 II GG berühre mit seiner materiellen Entscheidung das nur mit formeller Verweisungsfunktion ausgestattete Kollisionsrecht nicht. Zum anderen könne das Mannesrecht, was materielle Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau betreffe, die Frau besser wie schlechter stellen als ihr eigenes. Da aber eine Berücksichtigung der Gleichberechtigung im Rahmen der Kollisionsnormen nicht zugleich auch mittelbare sachliche Gleichberechtigung herbeiführen könne, so bestünde die kollisionsrechtliche Gleichberechtigung nur formell. Formelle Gleichmacherei sei aber nicht das Ziel des Art. 3 II GG.²⁾

Ihre Gegner und Befürworter einer Verfassungswidrigkeit tragen vor, es handele sich dabei um eine unzulässige Benachteiligung der Frau. Sie bestehe darin, daß der Mann einseitig durch Wechsel der Staatsangehörigkeit einen Statutenwechsel herbeiführen könne, wodurch er sich eigenwillig günstiger stellen, sich sogar seinen Verpflichtungen gegenüber der Familie entziehen und so die Familie vernachlässigen könne. Darüberhinaus sei die Frau im Konfliktfall einem fremden

1) vgl. dazu die Kommentare, Soergel-Kegel, Bem. 8-11 Vor Art. 13; Staud.-Gamillscheg, Bem. 42 ff vor Art. 13; Bem. 9 ff zu Art. 14; Bem. 44 ff zu Art. 15; Bem. 21 zu Art. 17, jeweils mit vielen Hinweisen.

2) vgl. zB. Staud.-Gamillscheg, Bem. 42 ff Vor Art. 13; Gamillscheg, Reform S. 655 ff;

Recht unterworfen, über das sie sich nur schwer wird unterrichten können.¹⁾

Eine dritte Ansicht schließlich bejaht zwar einen Verstoß gegen Art. 3 II GG, verneint aber die Anwendbarkeit des Art. 117 I GG, so daß die Kollisionsnormen weiter inkraft waren und sind. Es wird dazu vorgetragen, die Anpassung an die Verfassungs-gebote sei nicht so dringlich wie im materiellen Recht, die Väter des GG hätten kaum an das IPR gedacht, die Gleichberechtigung sei schwierig durchzuführen, und die Zahl der Fälle sei gering. Kegel empfiehlt daher lediglich eine Anpassung de lege ferenda, während Beitzke und Müller-Freienfels schon de lege lata eine "Angleichung" fordern²⁾, sofern sich Lücken ergeben würden.

1) vgl. zB Beitzke, GG und IPR S. 29 ff; auch Siegrist, Gleichberechtigung S. 60 f; Makarov, Gleichberechtigung S. 384;

2) vgl. Beitzke, GG und IPR S. 23 ff; Müller-Freienfels, JZ 57, S. 144 will dasjenige der beiden Heimatrechte bevorzugen, das die Gleichberechtigung am meisten verwirkliche (aaO S. 146 ff, dagegen aber Lüderitz, FamRZ 70, 171) oder das den ethischen oder sozialen Vorstellungen des lex-fori am nächsten komme. Lüderitz, aaO dagegen meint, Art. 3 II GG müsse mindestens einen verbindlichen Fortbildungsmaßstab darstellen. De lege lata sei Art. 3 II GG durch bloße Rechtsfortbildung nicht zu verwirklichen. Allerdings müssen sich die Verfechter der Verfassungswidrigkeit den Einwand Raapes (zumindest) anhören, der Mensch habe idR kein inneres Verhältnis zum Privatrecht, oder auch Sturms Einwand, die hohe Technisierung von Recht und Rechtsverhältnissen führten notgedrungen ermaßen zu einer Entfremdung der Rechtsgenossen von der Rechtsordnung. Ganz von der Hand sind diese Überlegungen nicht zu weisen. Vgl. Raape, IPR S. 44; Sturm, Gleichberechtigung S. 160; vgl. Kegel, IPR S. 293; auch de Winter, Nationality S. 393 mit Hinweisen. (zB Urteil des Hoge Raad v. 4.3.65, NJ 1965, 132), wo ein Weg eingeschlagen wird, wie ihn zB Müller-Freienfels fordert.

c) Stellungnahme

Zunächst soll klargestellt werden: Ob im verwiesenen Sachrecht der Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau verwirklicht ist oder nicht, ist keine Frage, die im Zusammenhang mit der Gleichberechtigung bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung behandelt werden darf. Sie gehört vielmehr dem Problemkreis "Anwendbarkeit des fremden Rechts" an. Wenn man an die Verwirklichung der Gleichberechtigung auf der Ebene des Kollisionsrechts denkt, dann ist weder eine materielle Gleichberechtigung herbeigeführt, noch darf die Frage nach Herbeiführung der Gleichberechtigung im verwiesenen Recht im Sinne eines "potior et utilior" gestellt werden. Es soll vielmehr erreicht werden, daß das Heimatrecht der Frau die Chance hat, angewendet zu werden, wenn aus irgendwelchen Gründen gerade zu diesem Recht eine enge Bindung besteht.

Ohne die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Frage des materiellen Gehalts der Kollisionsnormen und daher auch in der Frage der Überprüfbarkeit der Kollisionsnormen an der Verfassung als Kronzeuge bemühen zu müssen, soll an einigen Fällen gezeigt werden, daß die Nichtberücksichtigung des Heimatrechts der Frau im Falle verschiedener Staatsangehörigkeiten der Ehegatten zu einer empfindlichen materiellen Einbuße, wenn auch auf "höherer" Ebene, führen kann.

Eine deutsche Zahnärztin, die mit einem griechischen Arzt verheiratet war, aber die deutsche Staatsangehörigkeit behalten hatte, betrieb in der Bundesrepublik eine Zahnarztpraxis. Ihr Mann wohnte ebenfalls hier, übte seinen Beruf aus und dachte nicht daran, irgendeinmal nach Griechenland zurückzukehren. Die Frau hatte nun ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, ihren früheren Namen, unter dem sie die Praxis führte, weiterhin zu führen, oder zumindest der Öffentlichkeit zu erkennen zu geben, daß sie

weiterhin behandelnde Zahnärztin sei. - Die hM wendet in diesem Fall griechisches Recht als das Heimatrecht des Mannes an. Dieses Recht erlaubt aber grundsätzlich¹⁾ nicht, daß der frühere Mädchenname der Frau irgendwie nach der Ehe in Erscheinung tritt: sie hat den Namen des Mannes anzunehmen. Nach deutschem Recht, als dem Recht, in dem die Ehegatten wohnen und arbeiten und ihren Lebensunterhalt verdienen, würde der Frau das Recht des § 1355 BGB zugestanden. Obwohl die Ehefrau im Inland wohnt, deren Staatsangehörige sie ist, wird sie im Rahmen der persönlichen Ehwirkungen als Ausländerin behandelt. Dem Mann in der gleichen Lage wäre anderes beschieden: er hätte keine Sorgen.²⁾

Die deutsche Witwe eines Ausländers, wohnhaft im Inland (oder jeweils im Lande ihrer Staatsangehörigkeit), muß sich in güterrechtlichen Fragen, die über den Tod des Ehegatten hinaus Bedeutung haben, nach Mannesrecht richten, obwohl sie zu dessen Heimatstaat keinerlei Beziehungen hatte, der andere Ehegatte dagegen uU die tatsächlich engsten Beziehungen zum Land seiner Frau gehabt hatte.

Eine gerade 19-jährige Deutsche, die 1964 in Berlin einen Syrer standesamtlich heiratete, brachte 1965 einen Sohn zur Welt. 1966 kam es zur ersten ernsthaften Krise zwischen den Ehegatten. 1967 beschimpfte, bespuckte, bedrohte und schlug der Ehemann seine Frau. Schließlich krönte er sein Verhalten mit der Entführung des zweijährigen Sohnes nach Syrien.³⁾

-
- 1) vgl. dazu die Entscheidung des Bay OBLG v. 31.7.70 in StAZ 71, 51; dazu Simitis, StAZ 71, 33 ff;
 - 2) Auch Simitis weist auf die mißliche Benachteiligung der Frau hin und legt schwere Zweifel an der Maßgeblichkeit des Mannesrechts dar. Zur Entscheidung ist folgendes erwähnenswert: das BayOBLG zog bei der Entscheidung, indem es iS der hM Mannesrecht anwendete, geschickt den Kopf aus der Schlinge: durch rechtsvergleichende Auslegung fand es heraus, daß auch in Griechenland die Frau ausnahmsweise ihren Namen dem des Mannes hinzufügen kann, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen
 - 3) vgl. KG v. 17.2.69, dazu Luderitz, FamRZ 70, 169 mit Hinweisen.

Das Gericht führt aus, für die Scheidungsklage der deutschen Frau sei über Art. 17 III EGBGB deutsches Recht maßgeblich. Bei der Frage, ob ein Verschulden des Mannes gegeben ist, stellt das Kammergericht die berechnigte Frage, ob man aus einem Grund scheiden könne, der im Rahmen des Art. 17 III (also im deutschen Recht) zwar als schuldhaftes Eheverfehlung angesehen werden könne, der aber aus der Sicht des Heimatrechtes des Mannes (Art. 14!) als legitimes Verhalten während der Ehe gewertet werden muß.¹⁾ Würde man die enge Beziehung auch der Frau zu ihrem Heimatrecht in die kollisionsrechtliche Entscheidung mit einbeziehen, würde sich ein nicht nur materieller, sondern auch kollisionsrechtlicher Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 17 III nicht ergeben. Dann könnte das über Art. 17 III für die Scheidung anwendbare Deutsche Recht auch den Maßstab für das Vorliegen einer schuldhaften Eheverfehlung abgeben.

Ein deutscher Staatsangehöriger erwirkt gegen seine spanische Ehefrau ein Scheidungsurteil. Wenn die Frau nach Spanien zurückkehrt, - wo die Ehe bis kurz vor der Scheidung geführt wurde -, um künftig bei ihren Eltern zu wohnen, so muß sie sich als Verheiratete behandeln lassen, während ihr früherer Ehemann in der Bundesrepublik froh einer neuen Ehe entgegensehen kann.

1) Die Anwendung des hier wohl einschlägigen Art. 30 EG steht primär nicht zur Diskussion. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob man bereits auf der Ebene der Anknüpfung tragbare Ergebnisse erzielen kann, ohne den "ordre public" in der Not bemühen zu müssen.

Ein böses Schicksal kann eine geschiedene Frau treffen, die sich, obwohl sie vor und nach der Scheidung im Staat ihrer Nationalität wohnt, mit einem möglicherweise geringen Unterhaltsanspruch, der ihr das Mannesrecht gewährt, zufrieden geben muß.¹⁾

1) vgl. zu dieser Frage den ähnlichen Fall des LG Saarbrücken vom 6.4.54 IZRspr. 1954 Nr. 23, der allerdings nur in der Struktur ähnlich ist und brauchbar umgewandelt werden könnte. Er wird oben noch relevant werden im Zusammenhang mit dem Unterhalt nach Scheidung. - Hier sei in Anlehnung an Ficker, RabelsZ 16 (1951) S. 41 folgender Fall angeführt, der strukturell ähnlich ist, aber die Benachteiligung der Frau deutlich werden läßt: Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit wohnen im Heimatstaat der Frau. Der Mann nahm bei der Eheschließung den Namen der Frau an, was ihm gemäß seinem Heimatrecht (Art. 14) möglich war. Die Frau genießt in der Öffentlichkeit ihres Wohnortes großes Ansehen. Nach der Scheidung betreibt der Mann in demselben Wohnort ein öffentliches Haus unter seinem und dem Namen seiner früheren Frau. Die Frau ist empört und fürchtet um ihren guten Ruf. Sie will dem Mann die Führung ihres Namens verbieten: vorausgesetzt, nach ihrem Heimatrecht wäre es ihr möglich, nach dem Heimatrecht des Mannes aus irgendwelchen Gründen nicht; so würden ihr praktisch, da die bisher hM diese Frage nach dem Scheidungsstatut, also nach Mannesrecht entscheidet, die Hände gebunden, und sie könnte gegenüber ihrem geschiedenen Mann nichts unternehmen.

Diese Sachverhalte lehren folgendes: der Gesetzgeber hat, indem er für die persönlichen Ehwirkungen, das eheliche Güterrecht und das Scheidungsrecht vorrangig das Mannesrecht entscheiden ließ, die Bindungen der Ehefrau zu ihrem Heimatrecht nicht in die Wahl der Anknüpfung mit einbezogen. Er hat außer acht gelassen, daß das Heimatrecht der Frau die Chance haben muß, zur Anwendung zu kommen, wenn zu ihrem Heimatstaat eine stärkere Beziehung besteht als zum Heimatstaat des Ehemannes. Dieser Fall liegt immer dann vor, wenn die Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit im Geltungsbereich des Heimatrechts der Ehefrau ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben und dadurch mit diesem Recht am engsten verbunden sind.

Die vorrangige Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Mannes ignoriert daher die Chance des nationalen Rechts der Frau, zur Anwendung zu kommen, wenn der Schwerpunkt der ehelichen Existenz im Geltungsbereich des Heimatrechts der Frau liegt. Die Nebenfolge der vorrangigen Geltung des Mannesrechts besteht darin, daß die Frau in der Gesamtheit ihrer Rechtsbeziehungen das Risiko einer möglichen "Disharmonie mehrerer zusammenwirkender Rechtsordnungen"¹⁾ trägt, obwohl sie gerade mit ihrem Heimatrecht "effektiv" verbunden ist. Diese Disharmonie besteht nicht darin, daß auf ein und dieselbe persönliche Rechtsfrage mehrere Rechtsordnungen zugleich anwendbar sind, sondern, daß auf verschiedene persönliche Rechtsfragen möglicherweise verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung kommen, die nicht aufeinander abgestimmt sind.

1) vgl. Steindorff, Sachnormen S. 17 FN 1 - 5 mit Beispielen.

Im Hinblick auf Art. 3 II GG bedeutet dies: Der Verstoß gegen Art. 3 II GG liegt darin, daß die enge Beziehung der Frau zu ihrer Heimatrechtsordnung aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit auch dann nicht den Ausschlag für ihre Anwendbarkeit gibt, wenn der Schwerpunkt der ehelichen Existenz in ihr liegt, während die Beziehung des Mannes zu seinem Heimatrecht aufgrund seiner Staatsangehörigkeit auch dann den Ausschlag für die Geltung seines Heimatrechts gibt, wenn sie durch keine sonstige "effektive" Beziehung qualifiziert wird. Die Geltungschance des Frauenrechts ist der des Mannesrechts nicht gleichwertig, obwohl eine Verschiedenbehandlung wegen der geschlechtlichen Verschiedenheit nicht geboten ist. Diese Begründung beinhaltet keineswegs die Forderung, immer auch das Frauenrecht neben dem Mannesrecht zur Anwendung zu bringen, oder das Frauenrecht deshalb zu berücksichtigen, weil es der Frau am "vertrautesten"¹⁾ sei, oder weil sie mit ihrem Heimatrecht in enger "psychologischer" Verbindung²⁾ stehe oder gar, weil ihr Heimatrecht für sie möglicherweise günstiger sei. Diesen Überlegungen lastet eine fragwürdige subjektive Komponente an, oder Überlegungen, die dem klassischen Kollisionsrecht fremd sei, wie es bei der Wahl 'des günstigsten Rechts' der Fall ist ("potior vel utilior").

Dagegen baut die obige Begründung der Verfassungswidrigkeit der vorrangigen Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes darauf auf, daß die Chance des "Frauenrechts", zur Anwendung zu kommen, selbst dann übergangen wird, wenn der objektive Schwerpunkt der Ehegatten in diesem Recht liegt. Der Unterschied zu den obigen Betrachtungen besteht auch darin, daß die Kriterien des "Vertraut-Seins" oder des "psychologischen Zusammenhangs" dann überhaupt keine Rolle mehr spielen, wenn der Schwerpunkt der ehelichen Existenz im

1) zum Ganzen auch Beitzke, GG und IPR S. 14 ff, 29 ff; Das Argument des Vertrautseins führt Makarov, Gleichberechtigung an S. 382 ff;

2) vgl. Frankenstein, I S. 92;

Bereich des Heimatrechts des Mannes liegt. Dann muß die Frau, ob sie will oder nicht, mit dem fremden Recht vorlieb nehmen, wie es der Mann auch muß, wenn der Schwerpunkt der ehelichen Existenz im Bereich des Heimatrechts der Frau liegt.¹⁾

In der vorhergehenden Begründung des Verstoßes gegen Art. 3 II GG ist implizit zum Ausdruck gekommen, daß die Staatsangehörigkeit allein nicht in der Lage ist, die maßgebliche Rechtsordnung zu bestimmen. Es muß vielmehr noch ein Merkmal hinzukommen, das die engste Beziehung zu einem der Heimatrechte zum Ausdruck bringt.²⁾ Diesen Dienst kann, wie oben auch schon angedeutet wird, der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten leisten. Er muß ergänzend neben die Staatsangehörigkeit der Ehegatten treten.

Es bleibt die Frage übrig, ob der Verstoß gegen Art. 3 II GG der an die Staatsangehörigkeit des Mannes anknüpfenden Kollisionsnormen vom Bundesverfassungsgericht festgestellt werden muß, nachdem sie wegen Art. 117 I GG nicht schon am 31.3.53 außer Kraft getreten sind.³⁾

1) vgl. einen Verstoß gegen Art. 3 II GG haben bisher insbesondere angenommen: Beitzke, Gleichheit von Mann und Frau S. 208; Entschieden gegen den Vorrang des Mannesrechts auch OLG Düsseldorf vom 9.8.67 FamRZ 67, S. 626; weitere Hinweise auf Schrifttum und Rechtsprechung bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 50 vor Art. 13.

Wenn Müller-Freienfels, JZ 57, 144 davon spricht, der Frau werde das Recht vorbehalten, welches auf die Person ihrer Nationalität zugeschnitten sei, so kann hieraus allein keine Geltung ihres Heimatrechtes neben oder anstatt des Heimatrechts ihres Mannes hergeleitet werden.

2) Nicht aber etwa eine "Gleichartigkeit" des fremden Rechts mit der lex-foi; so zB Müller-Freienfels, JZ 57, 144; für die Nebenfolgen sei das Recht maßgeblich, "dessen Lösung unserer Ordnungswahl mehr entspricht"!

3) mit Recht plädiert Dölle, RabelsZ 18 (1953) S. 119 für eine restriktive Auslegung des Art. 117 GG

Hierzu hat sich das Bundesverfassungsgericht v. 7.5.63¹⁾ dahingehend geäußert, daß Art. 15 EGBGB vorkonstitutionelles Recht sei und als solches nicht dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vorgelegt werden könne. Vielmehr müsse das angegangene Gericht die Verfassungswidrigkeit selbst feststellen, und es brauche diese Norm seiner Entscheidung nicht zugrunde zu legen. Im Bereich des Art. 15 kann jeder Richter demnach rechtsschöpferisch tätig werden und sich den ihm zusagenden Vorschlägen aus der Wissenschaft anschließen.

Ob man diese Entscheidung auch auf die übrigen Normen des Ehe- und Familienrechts ausdehnen kann, ist zweifelhaft. ME sollte man aber für Art. 14 und Art. 17 denselben Standpunkt vertreten, da diese Vorschriften nicht weniger vorkonstitutionelles Recht sind als Art. 15 EGBGB. Dies würde bedeuten, daß Art. 17 durchaus de lege lata einer neuen Anknüpfungsmethode offen steht, und die HM zu Art. 14 EGBGB revidiert werden kann.²⁾

1) vgl. BVerfGE 16, 80 = IPRspr. Nr. 89 = FamRZ 63, 421;

2) Staud.-Gamillscheg, Bem. 10 zu Art. 15 läßt diese Frage offen.

3. Die Bedeutung der Artt. 6 I GG und 20 III GG iVm 1 III GG
für die Kollisionsnormen des internationalen Eherechts

a) Art. 6 I GG, Familieneinheit

Während im materiellen Recht der Grundsatz des Art. 3 II GG als fundamentales Strukturelement nicht durch Art. 6 I GG beschränkt¹⁾ wird, ist er im Kollisionsrecht nicht ein unbeschränktes Verfassungselement. So sagt Beitzke zu Recht, im internationalen Familienrecht könne die Forderung nach übersteigerter Individualität nicht anerkannt werden.²⁾

aa) Begrenzungsfunktion des Art. 6 I GG

Würde Art. 3 II GG im Kollisionsrecht unbeschränkte Geltung haben, müßten das Mannesrecht und das Frauenrecht gleichzeitig berücksichtigt werden, weil ihre Chance, zur Anwendung zu kommen, gleichwertig ist. Diese positive Normenhäufung führt zur Kollision möglicherweise widersprüchlicher Rechtsordnungen.

Demgegenüber beinhaltet Art. 6 II GG die Pflicht des Staates, für Ehe und Familie bewahrend und fördernd tätig zu sein, was sich umgekehrt als allgemeines Schädigungsverbot auslegen läßt.³⁾ Auf den Bereich des Kollisionsrechtes übertragen bedeutet dies: Damit möglichst für alle Beteiligten eines einheitlichen Lebenssachverhaltes nur eine und dieselbe Rechtsordnung zur Anwendung komme - um leidige positive Normenkonflikte zu verhüten und die ausgewogene Gegenseitigkeit der ehelichen Rechte und Pflichten der Ehegatten nicht zu beeinträchtigen, - hat der

1) Hinweise bei Gernhuber, Familienrecht S. 31;

2) vgl. Beitzke, GG und IPR S. 28 ff; ders., Gleichheit S. 211;

3) vgl. zB BVerfG v. 17.1.1957 BVerfGE 6, 55 (72, 76);
BVerfG v. 14.4.1959 BVerfGE 9, 237 (242);

Gesetzgeber nach Art. 6 I GG; iVm Art. 1 III GG darauf hinzuwirken, daß die Ehe von einem einheitlichen Statut beherrscht werde. Dies wird mit dem Schlagwort "Familien-einheit" bezeichnet.¹⁾

Eine starke Ansicht hat bisher zu diesem Zweck - unter Beachtung der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau - jeweils beide Rechte kumulativ angewendet und zur Schaffung eines einheitlichen Statutes den im Kollisionsrecht weit verbreiteten Grundsatz des "Schwächeren Rechts" eingreifen lassen.²⁾ Im Ergebnis kam hier ein Recht zur Anwendung, das keinem der beiden Heimatrechte entsprach und wegen seines Mischcharakters einen "Harlekin" darstellte. So wußte keiner der Beteiligten, wie ihr eherechtliches Verhältnis tatsächlich geregelt würde. Aus diesen Gründen

1) vgl. allgemein zu diesem Problem: Siegrist, Gleichberechtigung S. 72; Neuhaus, Grundbegriffe S. 157; ders., Familieneinheit S. 52 ff; Beitzke, GG und I.R. S. 28, 30;

2) vgl. dazu die umfangreichen Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 27 ff zu Art. 14; Der Grundsatz besagt, daß nur solche Regeln zur Anwendung kommen sollen, die von beiden Rechten gemeinsam vorgesehen sind.

fand diese Lehre - was ihre allgemeine Brauchbarkeit angeht - viele Gegner.¹⁾

bb. Anknüpfung an Staatsangehörigkeit des Mannes als
Verstoß gegen Art. 6 I GG.

Neuhaus hat darauf hingewiesen, daß die alleinige Maßgeblichkeit²⁾ des Mannesrechts im Bereich des internationalen Ehe- und Familienrechts auch gegen Art. 6 I GG verstoßen könnte, weil dem Mann die Möglichkeit offen stünde, sich ein Recht nach seiner Wahl zu suchen und die Staatsangehörigkeit zu wechseln, um sich auf diese Weise seinen Verpflichtungen gegenüber seiner Frau und seinen Kindern zu entziehen.

Ob man dieser Ansicht folgen kann, soll hier nicht entschieden werden; jedenfalls gilt es zu beachten, daß sich in diesen Fällen das Kollisionsrecht mit eigenen Mitteln helfen kann (vgl. Art. 14 II und die Lehre zum frau-

1) dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 36 ff zu Art. 14; Deshalb wird diese Lehre neuerdings auch vom BGH abgelehnt.
Vgl. BGH; RabelsZ 35 (1971) S. 747;

2) vgl. Neuhaus, Familieneinheit S. 52 ff;

dulösen Statutenwechsel), und daß deshalb hinsichtlich der Bejahung eines Grundrechtsverstoßes Vorsicht geboten erscheint.^{1) 2)}

-
- 1) Eher möchte man geneigt sein, die kumulative Anwendung beider Heimatrechte und die Heranziehung des Grundsatzes des "Schwächeren Rechts" als gegen Art. 6 I verstoßend anzusehen, weil diese Konstruktion der Einheitlichkeit des Eherechts zuwiderläuft und sie in Widersprüche verwickelt.
- 2) Auch Sturm weist auf die große Bedeutung der Wahrung der Familieneinheit hin, in: Gleichberechtigung S. 172 ff; Der Grundsatz der "Familieneinheit" kann uU direkt dem Art. 14 EGBGB entnommen werden. Dazu Staud.-Raape S. 275 ff; Art. 14 II EGBGB näher Aubin, Anknüpfungsrückgriff S. 674 ff, 678, 688, 694.
- Makarov, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht (1966) S. 57 weist im Hinblick auf die Neufassung des § 6 II RuStAG v. 1957 darauf hin, daß der Grundsatz der Familieneinheit der Sicherheit des Staates vorgezogen wurde!

b) Art. 20 III GG, Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips
für das Kollisionsrecht

Das in Art. 20 III GG verankerte Rechtsstaatsprinzip stellt ebenfalls eine Grundentscheidung dar,¹⁾ die das Gebot der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit, also das Gebot der Rechtssicherheit auf allen Gebieten des Rechts beinhaltet. Die Beteiligten sollen ihr eigenes Verhalten voraussehen und berechnen können, sie sollen aber auch das Resultat einer gerichtlichen Entscheidung abschätzen können.

Die Bedeutung des Grundsatzes des Art. 20 III GG gilt, wie allgemein und unstreitig anerkannt ist,²⁾ auch für den Bereich des Kollisionsrechts: Die maßgebliche Rechtsordnung dürfe nicht erst durch prozessuale Umstände oder gar nach dem Ermessen des Richters bestimmt werden. Die

1) vgl. zB K. Hesse, Grundzüge § 6, I, S. 78: Rechtsstaatsprinzip als Grundentscheidung: BVerfGE 6, 32; 7, 89 (92 ff);

2) vgl. zB Neuhaus, Grundbegriffe, S. 104 ff; aber auch Gutzwiller, Ziel, S. 185, wo er auf dieses Erfordernis aufmerksam macht. Ferner: De Winter, Nationality S. 396 ff. bringt den Vertrauensgrundsatz im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit zur Sprache (vgl. französische "Lizardi"-Rechtsprechung); vgl. ferner Ferid, Wechselbeziehungen S. 137; Beitzke, GG und IPR S. 11: Entscheidungen auf dem Gebiet d. IPR müßten nach "festen Regeln erfolgen"!

Voraussetzungen für die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung müßten die Parteien zu jeder Zeit zur Hand haben, sei es, daß die Parteien Dispositionen auf lange Zeit treffen, sei es, daß der Notar die Rechtslage für die Ehegatten gestaltet, sei es, daß der Staat wegen Sicherung des Rechtsfriedens ein Interesse daran hat, daß der konkreten Rechtsfrage auch das generell "passende" oder "richtige" Recht zugrundegelegt wird.

Diese Forderung hat um so mehr Gewicht, je mehr es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die auf Dauer angelegt sind, während sie bei Geschäften des täglichen Lebens möglicherweise anderen kollisionsrechtlichen Grundsätzen nachgeben muß.

Bei Dauerverhältnissen ist ein Verstoß gegen Art. 20 III GG auch umso eher möglich, je mehr Anknüpfungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, und je wechselbarer und flexibler die angebotenen Anknüpfungen sind. Dies fällt bei Geschäften des täglichen Lebens weniger ins Gewicht.

IV. Auswirkungen der Besonderheiten des Staatsangehörigkeitsrechts auf das internationale Eherecht

Dieser Abschnitt soll den Besonderheiten des Staatsangehörigkeitsrechts mit ihren Wirkungen im internationalen Eherecht gewidmet sein. Es soll gezeigt werden, wo die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit allein nicht die erwünschte Bestimmung des anzuwendenden Rechts zur Folge hat, sondern auf andere zusätzliche Merkmale angewiesen ist.

Hierunter sind die Fälle der Staatenlosigkeit zu zählen (negativer Konflikt); das damit verwandte Problem der Flüchtlinge und Vertriebenen in ihrer Beziehung zur Heimat. Dann die Fälle der mehrfachen Staatsangehörigkeit (positiver Konflikt) und zuletzt die Anknüpfungsschwierigkeiten bei Angehörigen von Staaten mit mehreren Teilrechtsordnungen.¹⁾

1. Staatenlosigkeit

Bei Staatenlosen versagt die Staatsangehörigkeitsanknüpfung: der Staatenlose gehört keinem Staate an, die Anknüpfung an eine gegenwärtige Staatsangehörigkeit ist unmöglich.

Die Anknüpfung an die frühere Staatsangehörigkeit, wie es Art. 29 a.F. EGBGB vorgesehen hatte, scheiterte einmal daran, daß die betreffende Person möglicherweise zu keiner

¹⁾ Diese Probleme sind häufig angesprochen und behandelt worden. Neuestens Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen- und Sachenrecht S. 143 ff; vgl. auch Papenfuß, Gewöhnlicher Aufenthalt S. 41 ff;

Zeit Angehöriger eines Staates gewesen ist,¹⁾ zum anderen daran, daß bei Anknüpfung an die frühere Staatsangehörigkeit außer dem formellen Band keine tatsächlichen Beziehungen mehr zu diesem Staat bestehen. Dies zeigt der berühmte Fall der russischen Emigranten, die nach der bolschewistischen Revolution Rußland verlassen hatten, und denen danach durch Dekret vom 15.12.1921 die russische Staatsbürgerschaft entzogen wurde.²⁾ Als Auswanderer standen sie der heimatlichen Rechtsordnung ablehnend gegenüber, so daß ihr Verhalten als Ausdruck tiefgehender Entfremdung und Feindschaft gewertet werden kann.³⁾ Zugleich zeigt dieser Fall, worauf Beitzke⁴⁾ hinweist, daß den Zwangsausgebürgerten, die sich irgendwo im Ausland aufhalten, regelmäßig die Rückkehr in die Heimat abgeschnitten wird. Eine Reintegration in die heimische Rechtsordnung wird verhindert. Auch aus diesem Grund wäre die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nur ein Formakt.

-
- 1) dazu auch Staud.-Raape, Bem. 2 a zu Art. 29 S. 780, der darauf hinweist, daß die Unterscheidung in staatenlos Geborene oder staatenlos Gewordene dazu führe, daß verschiedene Mitglieder ein und derselben Familie nach verschiedenen Rechten beurteilt werden.
 - 2) dazu Makarov, Allg. Lehren S. 320; auch Papenfuß, aaO S. 42 ff;
 - 3) vgl. dazu auch Nußbaum, IPR S. 111; Makarov, Allg. Lehren S. 320;
 - 4) vgl. Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 144 ff; Beitzke prüft, ob nicht etwa die nach Entstehungsgründen der Staatenlosigkeit eingeteilten Fälle verschieden behandelt werden müssen. Dies verneint er (S. 146) und schlägt eine Einheitslösung vor. Art. 29 nF EGBGB soll auch künftig beibehalten werden (S. 147);

Dies läßt den Schluß zu: die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ist unmöglich, wenn jemand keinem Staate angehört oder angehört hat; sie ist aber auch dann nicht zweckmäßig, wenn zwar eine Anknüpfung an eine frühere Staatsangehörigkeit möglich wäre, aber objektiv und offensichtlich jedes innere Band zur verwiesenen Rechtsordnung fehlt.¹⁾

Aus diesen Gründen hat schon das geltende Recht (Art. 29 n.F.) nicht die personale Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, sondern die territoriale an den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Wohnsitz gewählt.

1) Die einzelnen Lösungen werden rechtsvergleichend von Rabel, Conflict I S. 131 ff dargestellt. Zum Ganzen auch Beitzke, aaO S. 195; Papenfuß, aaO S. 29 ff; 32 ff; 37; Die EntschlieÙung der VI. Haager Privatrechtskonferenz von 1928 empfiehlt den gewöhnlichen Aufenthalt ("résidence habituelle") vgl. Actes 6. Sess., 1928 Anhang S. 135 - 140; Im Anschluß daran wurde auch Art. 29 a.F. geändert, nähere Hinweise bei Kegel, IPR S. 177 f; Staud.-Gamillscheg, Bem. 126 ff vor Art. 13;

2. Staatsangehörigkeitsprinzip und Flüchtlingsproblem

a) Flüchtlinge und Vertriebene

Die während der Kriegs- oder Nachkriegszeit einsetzende "völkerwanderungsartige" Menschenverschiebung im öst-westlichen Gefälle hat ebenfalls die Frage aufgeworfen, ob eine Bestehende Staatsangehörigkeit für die Beurteilung des Personalstatuts im Zufluchtsland beachtet werden muß.

Bevor für diese Personengruppen Sondervorschriften erlassen wurden, hatte das LG Berlin¹⁾ in einer Ehescheidungsangelegenheit von Flüchtlingen entschieden, daß die noch vorhandene ausländische Staatsangehörigkeit als Anknüpfung außer Betracht zu bleiben habe. Vielmehr müßten sich die betreffenden Flüchtlinge mit den Inländern gleichstellen lassen: "Für alle diese Volksdeutschen würde es nach der tatsächlich bestehenden Lage ungerechtfertigt sein, sie als den Gesetzen ihres Heimatstaates unterworfen anzusehen, eines Staates, der nach außen bereits klar zu erkennen gegeben hat, daß er gegenwärtig und wohl auch in Zukunft nicht gewillt ist, sie als seine Staatsbürger anzuerkennen".²⁾

Obwohl diese Entscheidung im Ergebnis gebilligt werden muß, liegt bei der Begründung eine Schwäche in der Verwendung

1) vgl. LG Berlin vom 16.1.1947, Neue Justiz 1947, S. 63; diese Entscheidung zitiert Ferid, Neubürger S. 41 f; ebenfalls hat sich für eine Gleichstellung ausgesprochen: OLG Bamberg vom 4.5.1950, NJW 51 S. 407; OLG München vom 15.5.1953, NJW 53, S. 906;

2) vgl. das Zitat bei Ferid, aaO S. 42. Kritisch auch Braga, Wohnsitz S. 40, der sich für die von der Staatsangehörigkeit abgehende Rechtssprechung ausspricht und die die Entscheidung ablehnende Stellungnahme Ferids ablehnt.

des unklaren Begriffes des "Volksdeutschen" als Anknüpfung. Ein Anknüpfungsbegriff "Volkstumszugehörigkeit" gibt es nicht.¹⁾ Das Gericht hätte sich eindeutig gegen eine rein personale Anknüpfung aussprechen und - ohne Assoziation zur Staatsangehörigkeitsanknüpfung - territorial - gesellschaftlich anknüpfen sollen. Es hätte durchaus den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes wählen können, was sich in der Aussage mit dem gedeckt hätte, was das Gericht auch ausdrücken wollte: die Gleichstellung mit den deutschen Staatsangehörigen.

Auch für diesen Fall hat Ferid das Abgehen von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit "schärfstens" abgelehnt. Die Staatsangehörigkeit sei nach wie vor im geltenden Recht durchgehend die maßgebliche Anknüpfung; ferner erfordere die Rechtssicherheit diese Lösung und die Nichtbeachtung des Heimatrechts der Flüchtlinge bedeute einen Eingriff in die vertrauten Rechtsgewohnheiten der "Neubürger".²⁾

Betrachtet man die Situation der "Neubürger" (Flüchtlinge und Vertriebene) näher, so zeigt sich eine starke Ähnlichkeit mit der Situation der Staatenlosen, bei denen eine Anknüpfung an die frühere Staatsangehörigkeit abgelehnt wurde, weil sich die Staatenlosen ihrem früheren Heimatrecht entfremdet hatten und kein effektives Band mehr zu ihm bestand. Ebenfalls nur formell erscheint bei Flüchtlingen die Bindung an das Heimatrecht; weil sie infolge Zwangsausweisung ohne Rückkehrmöglichkeit oder infolge der Flucht aus begründeter Furcht vor Verfolgung die Brücken zu ihrem Heimatrecht hinter sich abgebrochen haben und daher nicht mehr in diesem Recht verwurzelt sind. Beiden

¹⁾ vgl. zB Neuhaus, Grundbegriffe S. 134 ff, der sagt, in den besten Zeiten des Personalitätsprinzips sei nie an die Volkzugehörigkeit angeknüpft worden!

²⁾ vgl. Ferid, Neubürger, S. 42;

Gruppen ist ferner gemeinsam, daß sie sich mehr oder weniger bereitwillig in die neuen Verhältnisse des Gastlandes eingelebt und sich angepaßt haben.

Aus diesen Gründen haben Sondervorschriften für Flüchtlinge und Vertriebene - abweichend von dem im deutschen Kollisionsrecht maßgeblichen Staatsangehörigkeitsprinzip - die persönlichen Rechtsverhältnisse dieser Personengruppe an den Wohnsitz oder an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft. Soweit es sich um "internationale Flüchtlinge"¹⁾ handelt, erklärte Art. 1 AHKG Nr. 23 vom 17.3.1950 und Art. 12 des im wesentlichen an seine Stelle tretenden Genfer-Flüchtlingsabkommens vom 28.9.1951²⁾ nicht das Heimatrecht der Flüchtlinge, sondern das territoriale Wohnsitz- oder Aufenthaltsrecht für maßgeblich.³⁾ Beachtung verdient in diesem Zusammenhang das unten näher zu besprechende Gesetz über den Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen vom 4.8.1969.⁴⁾

-
- 1) vgl. die Legaldefinition des Begriffes "Flüchtling" in Art. 1 (A) des Genfer Flüchtlingsabkommens vom 28.9.51; Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 142 f. Vor Art. 13; Volksdeutsche Flüchtlinge wurden gem. Art. 116 GG nach Art. 9 II Nr. 5 des FamRändG vom 11.8.1861 auch international-privatrechtlich den deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt. Näheres auch bei Soergel-Kegel, Bem. 40 Anhang zu Art. 29; ferner Staud.-Gamillscheg, Bem. 135 vor Art. 13;
 - 2) Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 142 ff vor Art. 13;
 - 3) Wichtig ist hier der Hinweis, daß das Genfer Flüchtlingsabkommen gerade nicht - im Gegensatz zu Art. 1 des AHKG Nr. 23 - an den gewöhnlichen Aufenthalt, sondern an den Wohnsitz angeknüpft hat. Näheres dazu aber bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 146 Vor Art. 13;
 - 4) vgl. dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 95 ff zu Art. 15; ders., Unwandelbarkeit S. 147; ferner Lüderitz, FamRZ 70, 173; "Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit sei wegen Lossagung vom Heimatrecht nicht zumutbar". Ferner: Firsching, FamRZ 68, 631 ff (S. 635) schneidet ebenfalls diesen Gedanken an und fährt fort: Die Lage der Flüchtlinge sei daher von der Situation der übrigen Deutschen zu unterscheiden, als daß man diese Grundsätze allgemein auf den Art. 15 EGBGB ausdehnen könne. Dem muß, wie sich unten zeigen wird, voll zugestimmt werden. Ein Analogieschluß ist nicht am Platz, weil dieses Gesetz Ausnahmecharakter hat.

Anlaß für dieses Gesetz, in dem nicht an das Heimatrecht des Ehemannes (wie Art. 15 I EGBGB), sondern an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten angeknüpft wird, waren Überlegungen, wie sie oben im Zusammenhang mit den Staatenlosen und Flüchtlingen auftraten: die betreffenden Personengruppen haben sich von ihrem Heimatrecht abgewendet, die Möglichkeit der Rückkehr besteht nicht mehr, der Schutz des Heimatstaates hat sich in Verfolgung verkehrt. Die persönliche Habe mußte in der Heimat zurückgelassen werden, im Zufluchtsstaat mußte von neuem damit begonnen werden, eine wirtschaftliche Existenz aufzubauen.¹⁾

Auch die Rechtsprechung hat aus der veränderten Situation dieser Personengruppe Konsequenzen gezogen. So hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 7.12.1955 angedeutet, daß ein starres und uneingeschränktes Festhalten am Heimatrecht im Personalstatut (in diesem Fall ging es um eine Entmündigung) bedenklich erscheine. Er begründet dies mit der gegenüber 1900 veränderten allgemeinen Lage der Deutschen wie auch zahlreicher Angehöriger anderer Nationen oder Heimatloser im Ausland.²⁾

1) vgl. Gamillscheg, Reform S. 707;

2) vgl. BGHZ 27, 244. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit erscheine bedenklich, weil sich Deutsche im Ausland wie auch zahlreiche Angehörige anderer Nationen und Heimatlose, die sich aus politischen oder wirtschaftlichen Gründen heute nicht mehr im Gebiet ihres Heimatstaates aufhalten können oder wollen, von ihrem Heimatstaat entfremdet hätten. "Mögen auch die persönlichen, menschlichen und kulturellen Bindungen dieser Personen an ihre Heimat fortbestehen, so sind doch ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu ihrem Heimatstaat weitgehend und nicht nur vorübergehend fortgefallen oder für sie doch gegenüber ihren Beziehungen zum Staat ihres gewöhnlichen Aufenthaltes und dessen Bürgern von minderer Bedeutung. Der gewöhnliche Aufenthalt ist für sie zum tatsächlichen räumlichen Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen, insbesondere ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen geworden, und sehr oft geht ihr Bestreben dahin, in dem Staat ihres gewöhnlichen Aufenthaltes demnächst auch das Bürgerrecht zu erwerben".

Daß bei Flüchtlingen und Vertriebenen mit einer fortbestehenden ausländischen Staatsangehörigkeit auf der einen Seite und Staatenlosen auf der anderen Seite vergleichbare Umstände vorliegen, hat auch die französische Rechtsprechung erkannt und die sog. "apatrides de fait" den Staatenlosen gleichgestellt.¹⁾ Ähnliche Wege hat auch die Schwedische Rechtsprechung mit Einführung des Begriffes der "Quasistaatenlosen" für Flüchtlinge und Vertriebene beschritten.²⁾

b) Analoge Regelung bei vergleichbaren Verhältnissen?

Betrachtet man die Gründe und die Funktionen der Sonderregelungen für den genau umschriebenen Personenkreis der Flüchtlinge und Vertriebenen, so stellt sich die Frage, ob die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nicht auch bei den Personengruppen bedenklich erscheint, die den in diesen Sonderregelungen genau umschriebenen Personengruppen nicht angehören, aber deren tatsächliche Verhältnisse vergleichbare Symptome aufweisen.³⁾

- 1) vgl. Cour d'appel de Paris v. 23.11.54 Rev. crit. 45 (1956) S. 63; Der Zweite Leitsatz der Entscheidung lautet: "Des époux bénéficiant du statut des réfugiés et apatrides de fait sont soumis, comme les apatrides de droit, pour ce qui concerne leur état et leur capacité à la législation du pays où ils ont leur domicile (ou à défaut leur résidence habituelle) et du milieu social duquel ils sont désormais intégrés".
- 2) Dieser Hinweis bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 144 zu Vor Art. 13;
- 3) Daß es solche Personengruppen trotz Art. 1 II des Protokolls v. 31.1.67 gibt, das die Flüchtlingseigenschaft durch Beseitigung der stichtagmäßigen Beschränkung der tatsächlichen Voraussetzungen sehr weit ausdehnte, dürfte zumindest denkbar sein. (Dieses Protokoll ist inkraft seit 5.11.1969, BGBl 1970 II 194.) Dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 142 Vor Art. 13.

Wenn bei Personen, die nicht unter bestehende Flüchtlingsabkommen fallen, vergleichbare schwerwiegende Verhältnisse vorliegen, weil sie beispielsweise aus ihrer Heimat wegen begründeter Furcht vor strafrechtlichen Sanktionen flohen, dann hat die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ebenfalls - wie bei der gesetzlich geregelten Gruppe von Flüchtlingen - formelle Bedeutung.

Allerdings müßte bei diesen Fällen ein besonders strenger objektiver Maßstab angelegt werden, um Manipulationen von vornherein auszuschließen. Wird die Rückkehr in die Heimat objektiv unmöglich gemacht, bleibt nichts anderes übrig, als für die betreffende Person die Anwendbarkeit des Heimatrechts in Frage zu stellen.¹⁾

1) Diese Forderung wird auch in anderen europäischen Ländern erhoben. ZB Malmström, aaO S. 335, 338; Schwind, ZFRV 12 (1971) S. 204; ferner de Winter, Nationality S. 395, wo er das Beispiel eines Türken anführt, der aus Furcht vor Strafverfolgung nach England geflohen ist und sich dort auf Dauer niedergelassen hat.

3. Der positive Staatsangehörigkeitskonflikt bei Mehrstaatern

Die Anknüpfung des Personalstatuts der Mehrstaater steht bis heute unter den ungelösten Fragen des Kollisionsrechts.¹⁾ Mehrstaatigkeit ist wegen der Vielzahl der Entstehungsgründe eine häufige Erscheinung.²⁾ Sie stellt den Kollisionsrechtler vor die Wahl, eine der mehrfachen Staatsangehörigkeiten, deren Chancen, zur Anwendung zu kommen, gleichwertig sind, für maßgeblich zu erklären.

Eine willkürliche Auswahl scheidet wegen des klassischen IPR-Satzes der "Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen" aus. Daher müssen andere Merkmale ergänzend neben die Staatsangehörigkeit treten. Als solches kommt der gewöhnliche Aufenthalt in Frage.

Beitzke³⁾ hat vorgeschlagen, von einer generalisierenden Lösung des Mehrstaatigkeitsproblems abzusehen, und die Entscheidung dem Einzelfall zu überlassen, da eine gesetzliche Regelung wegen der Komplexität der Gründe der mehrfachen Staatsangehörigkeit, als auch wegen der Vielschichtigkeit des Problems innerhalb der einzelnen Rechtsverhältnisse nicht angebracht sei. Die bisher hM⁴⁾ hat unterschieden zwischen dem Zusammentreffen von inländischer und ausländischer Staatsangehörigkeit und dem Zusammentreffen zweier ausländischer Staatsangehörigkeiten. Im

1) vgl. neuestens Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 163 ff; zum ganzen Streitstand eingehend Staud.-Gamillscheg, Bem. 152 - 173 Vor Art. 13;

2) die verschiedenen Gründe für die Entstehung der Mehrstaatigkeit sind zB bei Makarov, Allg. Lehren S. 291 ff angeführt. Vgl. auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 152 Vor Art. 13; ferner Ferid, NeubürgerS. 54;

3) vgl. Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht, S. 184;

4) vgl. Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 153 ff Vor Art. 13;

ersten Fall soll nur die inländische berücksichtigt werden, im zweiten Fall soll die zeitliche Reihenfolge des Erwerbs der Staatsangehörigkeiten,¹⁾ oder der zusätzliche Wohnsitz²⁾ oder einfach der Grundsatz der "engsten Beziehung", die "effektive Staatsangehörigkeit" den Ausschlag geben.³⁾ Ferid will auf den "organischen" Zusammenhang zu einer nationalen Rechtsordnung abstellen, ohne der Unterscheidung der hM zu folgen.⁴⁾

1) vgl. zB Zitelmann, I S. 176;

2) vgl. Staud.-Raape, Kommentar S. 788 ff; auch Blandt/Lauterbach, Bem. 7 a aE Vorbemerkung zu Art. 7.

3) vgl. zB Makarov, Allg. Lehren S. 311 - 315;

4) vgl. Ferid, Neubürger S. 53 ff; ihm folgend zB Neuhaus, Grundbegriffe S. 143;

4. Angehörige von Staaten mit mehreren Teilrechtsordnungen

Wegen seiner Häufigkeit ist schließlich auch der wichtige Fall zu beachten, daß die Staatsangehörigkeit einer Person auf einen Staat mit mehreren Teilrechtsordnungen verweist.¹⁾ Auch hier versagt die Staatsangehörigkeitsanknüpfung. Ähnlich wie bei der mehrfachen Staatsangehörigkeit muß zur endgültigen Ermittlung des anwendbaren Rechts ein zusätzliches Merkmal hinzutreten, das die Rechtsordnung mit der "engsten Beziehung" bezeichnet.

Sofern das ausländische Recht kein einheitliches interlokales oder keine selbständigen, inhaltlich übereinstimmenden interlokalen Rechte hat, wird teilweise auf das dem Kläger günstigere Recht²⁾, teilweise auf den Wohnsitz³⁾ oder gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt, oder man läßt den "organischen Zusammenhang"⁴⁾ oder einfach die "engste Beziehung"⁵⁾ zu einer Teilrechtsordnung entscheiden.

Jedenfalls ist es möglich, auch in diesen Fällen zu einer voraussehbaren und der Forderung eines einheitlichen Familienstatus entsprechenden Anknüpfung zu kommen, ohne das Staatsangehörigkeitsprinzip durchbrechen zu müssen. Als eine in diesem Sinne geeignete Anknüpfung erscheint die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt.

1) vgl. dazu zB Staud.-Gamillscheg, Bem. 180 ff. Vor Art. 13; auch Kegel, IPR S. 181 ff; Beispiele solcher Staaten bei Staud.-Gamillscheg aaO.

2) vgl. zB Melchior, IPR S. 99 f. ein Vorschlag, der dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen nicht entspricht.

3) vgl. die Rechtsprechung bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 198 vor Art. 13; zum gewöhnlichen Aufenthalt aaO Bem. 198, 201 vor Art. 13;

4) vgl. Ferid, Neubürger S. 93;

5) vgl. zB Melchior, IPR S. 452 für den Fall, daß niemals ein Wohnsitz im Heimatstaat bestanden habe.

V. Bedenken gegen die Staatsangehörigkeit wegen einzelner kollisionsrechtlicher Konflikte und wegen der besonderen Funktion von Normen im Bereich der Artt. 13 - 17 EGBGB

1. Allgemeines zum Gedanken der funktionellen Anknüpfung

Bei der folgenden Prüfung der internationalen Ehrechtsnormen soll versucht werden, sowohl einzelne kollisionsrechtliche Konfliktsfälle im Bereich der Artt. 13 ff. festzustellen, sowie unter Aufspaltung der einzelnen Systembegriffe die typische Funktion der abgespaltenen, engbegrenzten Sachgebiete zu erfassen und dementsprechend die Eignung der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zu überprüfen. Stellt sich heraus, daß die Staatsangehörigkeit die überwindbare Ursache für den kollisionsrechtlichen Konflikt darstellt oder daß sie sich mit dem besonderen Zweck und der Funktion der Norm nicht verträgt, so soll die Eignung der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt geprüft werden.

Bei dieser Methode wird bewußt in Kauf genommen, daß die abgespaltene Sachnormgruppe als Teilfrage eine Sonderanknüpfung erfahren kann, die ihrerseits neue Qualifikationschwierigkeiten und damit eine Gefahr für den internationalen Entscheidungseinklang mit sich bringt.

Dennoch wird eine Auflockerung in diesem Sinne für richtig gehalten, weil dem Sinn und Zweck einer Norm die Möglichkeit geboten wird, sich schon auf der Ebene des Kollisionsrechts Einfluß auf die mittelbar zu gestaltende materielle Lage zu verschaffen. In diesem Sinne könnte man einer sinnvollen und eng begrenzten Materialisierung ins Kollisionsrecht Zugang verschaffen, ohne die Fragestellung und die Methode des klassischen Kollisionsrechts umzuwandeln.

So kommt der gewöhnliche Aufenthalt mit seiner örtlichen Nähe zum sozialen Milieu dem materiellen Bedürfnis derjenigen Normgruppen entgegen, deren geregelter Lebenssachverhalt mit dem engen Kontakt zur Umwelt steht und fällt.

Dieses Nebeneinander von Staatsangehörigkeitsprinzip und Wohnsitzprinzip ist kein Grundsatz-Ausnahme-Mechanismus oder ein Springen von einem zum anderen Prinzip, wie es von einigen¹⁾ kritisiert wird. Vielmehr sind beide Begriffe, wie oben²⁾ gezeigt wurde, zwei Erscheinungen eines übergeordneten Gedankens: der Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft; nur haben beide Begriffe einen jeweils verschiedenen Kern, so daß über die Verwendung des einen oder anderen Begriffs die spezielle Funktion der Normgruppe entscheiden muß: soll die auf Dauer angelegte Beziehung der Staatsangehörigkeit oder das örtlich-sozial enge Band des gewöhnlichen Aufenthaltes über die Maßgeblichkeit einer Rechtsordnung entscheiden? Fällt hierbei die Wahl auf die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt, wird die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ausgeschlossen; sie ist ohne Bedeutung für die Entscheidung der Rechtsfrage.

1) vgl. zB. Sturm, Gleichberechtigung S. 165

2) vgl. oben S.14.

2. Art. 13 I EGBGB (Eheschließung)

a) Maßgeblichkeit des jeweiligen Heimatrechts der Verlobten

Art. 13 erklärt das Heimatrecht jedes Verlobten ("Antrittsrecht") zur Zeit der Eheschließung für die materiellen und formellen Voraussetzungen der Eheschließung für maßgeblich.¹⁾ So wird Art. 13 I herangezogen für die Frage der Zulässigkeit der Eheschließung, wie für die Beurteilung der Gültigkeit bereits geschlossener Ehen. Seit RGZ 120, 35 wird Art. 13 zur allseitigen Kollisionsnorm ausgedehnt.

Das Bundesverfassungsgericht v. 4.5.1971 hat einen Verstoß dieser Norm gegen Art. 6 I GG oder gegen andere Grundrechte, insbesondere auch Art. 3 II GG nicht feststellen können. Vielmehr ermögliche Art. 13 I mit der Bindung an die Staatsangehörigkeit der Verlobten die internationale Anerkennung und die Sicherung der Ehe für die Zukunft.

b) Probleme der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wegen der Maßgeblichkeit mehrerer Rechtsordnungen im Bereich des Art. 13 I EGBGB.

Die Probleme bei Art. 13 I beruhen im wesentlichen auf dem Zusammentreffen zweier unter Umständen sehr verschiedener Rechtsordnungen, da die Heimatrechte der Verlobten oft sehr unterschiedliche oder gar sich widersprechende materielle

1) zu beachten ist hier: bei Eheschließungen im Inland: zwingende Berücksichtigung der Inlandsform, bei Eheschließung im Ausland: Art. 11 EGBGB. Zu den Ehevoraussetzungen in den Mittelmeerstaaten vgl. R. Lüderitz, FamRZ 66, 285 ff; ferner muß das Haager Eheschließungsabkommen v. 12.6.1902 beachtet werden; Hinweise bei Kegel, IPR S. 310;

Voraussetzungen aufstellen. Dieser Konflikt kann dadurch noch undurchsichtiger werden, daß fremdes materielles Recht mit inländischem¹⁾ Prozeßrecht kollidiert.

aa) Kollision verschiedener Sachrechte, Ansicht der Recht -
sprechung

Der Konflikt entsteht, weil die Rechtsordnungen verschiedene positive Voraussetzungen haben oder einseitige und zweiseitige Ehehindernisse vorsehen. Dies äußert sich in der Praxis darin, daß die Verlobten nicht heiraten können und als Angehörige von Ländern mit strengeren Ehevoraussetzungen häufig in Länder mit weniger strengen Voraussetzungen gehen, um dort ihre Heiratswünsche zu erfüllen (zB auch "Tondern-Ehe", "Gretna-Green-Ehen").²⁾ Das hat häufig zur Folge, daß ihre Ehe in der Heimat oder in dritten Ländern nicht anerkannt wird, da sie nicht in Übereinstimmung mit dem Heimatrecht der Verlobten geschlossen worden ist.

Diese Probleme sollen an Fällen aus der Rechtssprechung näher dargestellt werden:

-
- 1) Das Vertrauen auf Rechtssicherheit ist nur bei einem Widerspruch zur Rechtskraft eines inländischen Urteils gefährdet, nicht eines fremden Urteils!
 - 2) vgl. dazu zB Luther, Tondern-Ehen S. 679; soweit es sich in Dänemark um Ausländererehen handelt, wird Ortsrecht angewendet (Lex loci celebrationis). Bei den Gretna-Green-Ehen konnten Minderjährige ohne die Zustimmung Dritter die Ehe eingehen, vgl. dazu zB Staud.-Gamillscheg Bem. 229 zu Art. 13, da im englischen und schottischen Recht die Einwilligung als eine Formfrage qualifiziert wurde und unter Art. 11 eingeordnet wurde. Maßgeblichkeit der Ortsform!

Der Bundesgerichtshof vom 12.2.1964¹⁾ hatte den Fall zu entscheiden, daß ein lediger katholischer Spanier eine geschiedene Deutsche heiraten wollte. Sein Antrag auf Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses gem. § 10 a EheG war abgelehnt worden, weil das spanische Recht in einem solchen Fall die Ehe nicht erlaubte.

Nach Prüfung vielerlei Lösungswege der Literatur und einiger Obergerichte²⁾ knüpft der BGH nach Art. 13 I an spanisches Recht an (auch was die Vorfrage der bestehenden Ehe der Deutschen anlangte) und wies die Beschwerde zurück. Das Aufgebot konnte nicht bestellt werden.³⁾

In der Begründung führt der BGH an, die Bindung an die beiderseitigen Heimatrechte solle die allgemeine Anerkennung der Ehe sichern. Dazu müßten die Normen des ausländischen Rechts in vollem Umfang angewendet werden. Abgesehen von dem internationalen Bestandsschutz der Ehe werde hiermit vermieden, daß der ausländische Ehegatte jederzeit in die Heimat zurückkehren und sich dort auf die Ungültigkeit der Ehe berufen könne, wodurch er sich

1) vgl. BGH vom 12.2.1964 BGHZ 41, 136 = FamRZ 64, S. 188;

2) vgl. umfangreiche Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 249 zu Art. 13. Den Weg der selbständigen Anknüpfung ging Kegel, IPR S. 298; Kegel-Lüderitz, FamRZ 64, S. 57; Kegel, in RabelsZ 24 (1960) S. 201, 204; Weg über Art. 30 EGBGB wählte: zB Ficker, Festschrift OLG Zweibrücken (1969), 69, 83; OLG Stuttgart v. 12.11.62 StAZ 63, S. 157;

3) Dem BGH folgten: OLG Frankfurt v. 23.3.64 FamRZ 64, 295; (Fall einer Niederländerin, deren Scheidung in Deutschland in den Niederlanden nicht anerkannt wurde, weil das niederländische Recht den deutschen Scheidungsgrund nicht kennt); ferner OLG Hamm im Vorlagebeschuß zu BGH 41, 136;

ohne weiteres von der Ehe lösen könne. Demgegenüber müsse der Deutsche Ehegatte geschützt werden, da er nicht in der Lage sei, gegen den ausländischen Ehegatten im Ausland Ansprüche geltend zu machen. Würden beide Ehegatten gemeinsam in die Heimat des Ausländers übersiedeln, müßten sie mit erheblichen Schwierigkeiten rechnen, möglicherweise sogar mit der Bestrafung wegen Bigamie. Weiterhin sei die schlechte erbrechtliche Stellung der Ehegatten bezüglich des ausländischen Nachlasses des Ehepartners zu bedenken. Schließlich sei die erbrechtliche Stellung der gemeinsamen Kinder gefährdet.¹⁾

Der BGH hat diese Rechtsprechung zur Anknüpfungsproblematik auch in der Entscheidung vom 19.4.1972²⁾ aufrechterhalten (nach BVerfGE vom 4.5.1971!), während er in der Frage des anwendbaren Rechts von dieser Rechtsprechung abging, über Art. 30 EGBGB iVm Art. 6 I GG (Recht auf Eheschließung) das spanische impedimentum ligaminis ignorierte und deutsches Forums-Recht zur Anwendung brachte. Hierbei hat der BGH die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in ihrem Wert nicht in Frage gestellt. - Andererseits kamen die Beschwerdeführer zu einem für sie günstigen Recht, ohne daß "contra" legem entschieden werden mußte. Allerdings handelten sich die Verlobten mit der Eheschließung, die über Art. 30 EGBGB ermöglicht wurde, eine nicht vermeidbare "Hinkende Ehe" ein.

1) dazu BGHZ 41, 136 ff. Ferner werden diese Gründe auch in der Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3.6.1971 erwähnt, BGE 97 I 389 = RabelsZ 36 (1972) S. 368; (Anm. Neuhaus aaO S. 372);

2) vgl. BGH FamRZ 72, 360 = StAZ 72, S. 170; Es handelte sich in diesem Fall ebenfalls um eine "Spanier-Heirat", wobei sich der Spanier zuvor hatte scheiden lassen, während es im Fall BGH 41, 136 die deutsche Frau war, die sich hatte scheiden lassen. (Ebenso auch der Fall BVerfGE v. 4.5.1971, der durch das OLG Hamm beim BVerfG vorgelegt wurde). Der BGH ist der Ansicht, daß diese Tatsachenabweichung keine abweichende Entscheidung erforderlich mache. Zum Problem, ob bei der Anwendbarkeit ausländischen Rechts unmittelbar die Grundrechte herangezogen werden könnten, oder ob eine Entscheidung nur über Art. 30 EGBGB möglich ist, näher in RabelsZ 36 (1972) S. 1 - 144.

Einen vergleichbaren Weg schlug das schweizerische Bundesgericht in der Entscheidung v. 3.6.1971 ein¹⁾ ("Bosco und Walther gegen Bern"): Ein in der Schweiz geschiedener und dort wohnhafter Italiener heiratete in Tondern eine schweizer Staatsbürgerin und hat in der Schweiz die Eintragung der neuen Ehe in das Familienregister verlangt. Der beklagte Kanton Bern hat den Antrag unter Hinweis auf das nach Art. 7 c Abs. I NAG anwendbare Recht (italienisches Recht) zurückgewiesen, weil das italienische Recht keine Ehe eines Geschiedenen oder mit einem Geschiedenen zulasse. Nach eingehender Würdigung des nationalen und internationalen Streitstandes zu dieser Frage blieb das Gericht der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit treu, ließ aber die Anwendbarkeit des italienischen Rechts am schweizerischen Ordre public scheitern: die Grundanschauungen der inländischen Rechtsordnung seien wegen der Nichtanerkennung der Ehescheidung und der Nichtzulassung der Eheschließung durch das ausländische Recht beeinträchtigt, und es bestehe wegen des gemeinsamen ehelichen Wohnsitzes eine ausreichend enge Beziehung zum Inland.

In den Gründen führt das Gericht an, die Folgen der Nichtanerkennung der Ehe (es entstehe dann einfach eine "wilde Ehe") würden die Nachteile erheblich übersteigen, die bei einer "hinkenden Ehe" entstehen: bei einer "wilden Ehe" sei neben den Nachteilen der "hinkenden Ehe" auch noch die gesellschaftliche Stellung der Frau ungünstig.²⁾

Neuhaus beklagt in der Anmerkung den Ausnahmecharakter der Entscheidung. Er fragt, ob das Bundesgericht nicht offen

¹⁾ vgl. BGE 97 I 389 = RabelsZ 36 (1972) S. 358 ff; Art. 7 c Abs. I NAG knüpft an das Heimatrecht jedes Verlobten an, wenn es sich um Ausländer handelt. Das BG weicht mit der Prüfung des Art. 30 und der Ablehnung der Maßgeblichkeit des fremden Rechts von seiner Rechtssprechung ab. Frühere Rspr. vgl. BGE 80 I 427 ("Caliaro")

²⁾ vgl. BGE aaO S. 368 ff; (Hinweis auf Dorenberg, Hinkende Rechtsverhältnisse.)

hätte sagen können, daß die Ablehnung einer Ehe aus Rücksicht auf das ausländische Recht eines Partners dann unerträglich ist, wenn dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, und wenn die Ehe hier geführt wird. Mit Eingehung der Ehe habe er sich bewußt von der Vorstellungswelt seiner Heimat distanziert.¹⁾

bb) Kollision fremden Sachrechts mit inländischem Prozeßrecht

In engem Zusammenhang mit der Fallgruppe unter aa) stehen die Fälle, in denen ein inländisches rechtskräftiges Urteil die Ehe eines Nupturienten auflöst, das Heimatrecht des anderen Verlobten dagegen die Ehe als fortbestehend ansieht, weil es die Ehescheidung nicht kennt und daher eine Wiederverheiratung ausschließt.²⁾

Der BGH v. 19.4.1972³⁾ stellt ausdrücklich fest, daß es sich bei der Frage, ob ein im Staat des Eheschließungs-ortes ergangenes Urteil eine Gestaltungswirkung für solche Rechtsverhältnisse haben müsse, die nach fremdem Recht zu entscheiden sind, um ein internationalprivatrechtliches Problem handele, da es letzten Endes um den Durchsetzungswillen des eigenen Rechts gegenüber einer fremden Rechtsordnung gehe. Um ein Problem des Verhältnisses des intern. Prozeßrechts zum intern. Privatrecht handele es sich nur unter dem Aspekt der gegenseitigen Anerkennung von Urteilen. Daher ist die Frage, ob ein Scheidungsurteil, durch das die Ehe einer deutschen Frau geschieden wurde, dem ausländischen Recht vorgeht, das

1) vgl. Neuhaus, RabelsZ 36 (1972) S. 372 f (373 f.)

2) vgl. dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 287 ff zu Art. 13 mit vielen Hinweisen. Ders., JZ 63, 22, 25 (Anm. zu LG Hannover vom 19.4.61);

3) vgl. BGH FamRZ 72, 361 mit weiteren Hinweisen; ferner Kegel, Vorschläge und Gutachten, Eherecht § 4 II! Kegel-Lüderitz, FamRZ 64, 57-60; Zum Ganzen neuestens (unjestüm) Sturm, Rabels Z 37 (1973), 61 ff.

über die Ehevoraussetzungen zu entscheiden hat, mit Recht nach IPR-Grundsätzen zu entscheiden.¹⁾

cc) Notwendigkeit eines Anknüpfungswechsels?

In diesen Kollisionsfällen könnte man daran denken, an die Stelle der Staatsangehörigkeit eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt in Form des künftigen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes zu wählen.²⁾ Dies hätte den Vorzug, daß Probleme der Anwendung fremden Rechts nicht entstehen, weil das Eheschließungsrecht mit dem Recht der loci actus identisch ist, wenn die Anknüpfungstatsachen identisch sind; daß ein oder zweiseitige Ehehindernisse verschiedener Rechtsordnungen nicht beachtet werden müssen, weil ein einheitliches Statut vorliegen würde; daß ein Widerspruch zu einem inländischen Ehescheidungsurteil (oder eines Ehescheidungsurteiles des Ortes der Eheschließung) nicht entstehen kann, wenn die Anknüpfungstatsachen identisch sind.

Gegen die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt sprechen aber eine Reihe anderer gewichtiger Gründe: die oben geschilderten Vorzüge treten bei beiden Fallgruppen nur unter der Voraussetzung auf, daß die Anknüpfungstatsachen identisch sind, d.h. wenn der Eheschließungsort und künftiger gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt identisch sind. Dies wird in vielen Fällen nicht eintreffen. - Wegen der Voraussetzung des "künftigen" Eheschwerpunktes wäre es notwendig, auf die subjektive Seite der Aufenthaltsbegründung abzustellen, was seinerseits viele Unsicherheitsfaktoren mit sich bringt. Hierbei stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Eheleute nach der Hochzeit auf absehbare Zeit keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben werden. Da mit diesem Begriff keine rechtlichen Merkmale verbunden werden

1) vgl. anders, Kegel-Lüderitz, FamRZ 64, 57 ff;

2) vgl. Neuhaus, RabelsZ 36 (1872) S. 374; de Winter, Nationality S. 456 Anm. 1, 2;

sollen, stellt sich die Frage, wie Minderjährige, die einen eigenen gewöhnlichen Aufenthalt begründen können, vor unüberlegten Schritten bewahrt werden können! Die Häufung von "Tondern", insbesondere von "Gretna-Green-Ehen" wäre die Folge. Würde eine Sonderanknüpfung der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter oder anderer Dritter helfen? Die meisten Bedenken kommen aber bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt von der begründeten Sorge, daß, gerade zu einer Zeit großer Fluktuation mit dauerndem Wechsel des Aufenthaltes, die internationale Anerkennung der Ehe nicht mehr gewährleistet ist; daß die Zahl "Hinkender Ehen" erheblich steigen wird, weil die auf Dauer geschlossenen Rechtsverhältnisse unter Umständen nur am Heiratsort gültig sein werden. Dies aber bringt bei der Unabsehbarkeit des Zukünftigen sowohl für die Beteiligten selbst wie für Dritte eine nicht zu verantwortende Gefahr und Unsicherheit mit sich, wie sie nicht einmal eine "Wilde Ehe" zur Folge hat. Dort nehmen die Zusammenlebenden bewußt alle Unsicherheiten (meist sogar freiwillig!) in Kauf und können sich darauf einrichten.

Alle diese Bedenken tauchen bei der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der Verlobten nicht oder nur in beschränktem Maße auf. Daher wird von einem Anknüpfungswechsel abgeraten und die Beibehaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung empfohlen. Jedenfalls kann das IPR die abweichenden Entscheidungen der Gesetzgeber fremder Länder nicht durch die Anknüpfung "korrigieren" und auch das Risiko des "Zwangszölibates"¹⁾ nicht aus der Welt schaffen.

¹⁾ vgl. Kegel-Lüderitz, aaO S. 60; dazu Gamillscheg, JZ 63, S. 22, 23;

Art. 30 EGBGB gibt genügend Raum, stark abweichende ausländische Rechtsauffassungen im Inland nicht wirksam werden zu lassen.¹⁾

dd) Anknüpfung der fehlerhaften Ehe und ihrer Nebenfolgen

Das Festhalten an der Staatsangehörigkeit der Verlobten stößt auch dort auf Bedenken, wo über das Vorliegen einer fehlerhaften Ehe entschieden werden soll: ob es sich um eine Nicht-Ehe, um eine vernichtbare Ehe oder um eine aufhebbare Ehe handelt. Hier könnte man daran denken, - da wiederum die gleichwertige Chance der Anwendbarkeit der beiden Heimatrechte zur Diskussion steht - das anzuwendende Recht nach der engsten Beziehung, dh uU auch nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt auszuwählen.

Folgt man der Forderung, daß der statusbegründende Akt der Eheschließung möglichst allgemeine Anerkennung und internationalen Entscheidungseinklang genießen soll, so liegt eine Lösung aber nicht bei einer Anknüpfung, die die Rechtsordnung nur eines Staates berücksichtigt. Vielmehr muß man hier dem Satz folgen, daß eine Ehe nur dann und soweit international anerkannt werden kann, wenn und soweit sie nach allen beteiligten Rechten wirksam ist. Dies hat aber für die Negativerscheinung der fehlerhaften Ehe zur Folge: man muß dem Recht mit der schärferen

1) Staud.-Gamillscheg, Bem. 298 zu Art. 13, der auch auf die einheitliche Beurteilung der Ehe abstellt und davor warnt, die Vorteile, die Staatsangehörigkeits- bzw. Aufenthalts-Prinzip unstreitig haben, willkürlich zusammenzuwerfeln, in "vager Gefälligkeit zu mischen".-Wenn der Gesetzgeber glaubt, die Auflösbarkeit der Ehe zum Grundsatz erheben zu müssen, so wäre ein Übergang zum Domizilprinzip plausibel. Solange dies jedoch nicht geschehen ist, sollte man dem Prinzip folgen, das man sich selbst gegeben hat.

Rechtsfolge den Vorrang lassen (Grundsatz des "ärgeren Rechts"), wie es die bisher hM auch vorschlägt.¹⁾

Schwieriger ist die Anknüpfung der Nebenfolgen²⁾ einer nichtigen Ehe oder eine Nichtehe. Hier besteht (wie bei Art. 14 I, wenn die Ehegatten verschiedene Staatsangehörigkeiten haben) die Gefahr, daß zwei verschiedene Rechte, die sich gegenseitig widersprechen, einen innerlich zusammenhängenden, einheitlichen Lebensstand regeln müssen.

Hierbei könnte man ebenfalls an ein einheitliches Statut, nämlich an das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der betreffenden Personen denken.

Aber auch hier zeigt sich, daß das Statut, welches über die fehlerhafte Ehe entschied, auch bei der Frage der Nebenfolgen dieser fehlerhaften Ehe herangezogen werden muß. Dies ist aber das "ärgere Recht", weil es beispielsweise die Nichtigkeit der Ehe und die Nebenfolgen dieser Nichtigkeit harmonisch regelt. Die Anknüpfung an das "bessere Recht" scheidet aus, da das bessere Recht ja auch keine weitergehende Folge als das "ärgere Recht" vorschreibt. Eine Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der betreffenden Personen bringt die Gefahr mit sich, daß das Recht der Nebenfolgen dem Recht, das über die Fehlerhaftigkeit der Ehe entscheidet, widerspricht; oder überhaupt keine ihm entsprechende Regelung trifft. - Demnach erscheint ein Abgehen von der bisherigen Behandlung dieser Fälle zugunsten des gewöhnlichen Aufenthaltes nicht geboten und auch nicht zweckmäßig.

1) vgl. statt aller Staud.-Gamillscheg, Bem. 520 ff zu Art. 13 mit weiteren Hinweisen.

2) vgl. ausführlich hierzu: Staud.-Gamillscheg, Bem. 522 ff zu Art. 13, ferner Kegel, IPR S. 305.

ee) Zusammenfassung

Alle diese Überlegungen sprechen dafür, die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Bereich des Art. 13 I EGBGB aufrecht zu erhalten. Es soll diejenige Ordnung maßgeblich sein, mit der die betreffende Person vermutlich immer wieder in Kontakt treten wird.

Nicht das gegenwärtige soziale Milieu ist maßgeblich für die Voraussetzungen einer Eheschließung, sondern das Recht derjenigen Rechtsgemeinschaft, mit der die Partei in Zukunft immer wieder integriert¹⁾ sein kann; dies ist die Rechtsordnung des Staates, dem die Partei angehört.²⁾ Bei der Eheschließung kann ein möglichst weitgehender äußerer Entscheidungseinklang nur erzielt werden, wenn die Heimatrechte beider Verlobten berücksichtigt werden.

1) auch Neuhaus, Grundbegriffe S. 159 spricht sich für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit für die Eheschließung als eines status begründenden Aktes aus. Ebenso Ehrechtskommission, Vorschläge und Gutachten, Eherecht § A I;

2) Ein rechtsvergleichender Überblick über die neuesten IPR-Entwürfe Frankreichs, Österreichs, Portugals und der BRD, aber auch der Beneluxstaaten zeigt, daß die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Bereich des Art. 13 beibehalten werden soll. Vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 10 zu Art. 13. Vgl. auch Müller, Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 38 f; Hierzu vgl. auch Sturm, RabelsZ 37 (1973), 70 FN 41, in der er sich gegen Neuhaus wendet.

3. Art. 14 EGBGB (Persönliche Ehwirkungen)

a) Anknüpfung der lege lata, Verwirklichung des Art. 3 II GG

Die persönlichen Ehwirkungen der Ehegatten richten sich nach der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten.¹⁾ Dieser Grundsatz bleibt ohne größere Schwierigkeiten, solange die Frau dieselbe Staatsangehörigkeit wie der Mann hat, wie es bei der staatsangehörigkeitsrechtlichen Abhängigkeit der Frau die Regel war. Seit sich die Frau auch insofern verselbständigte, hat sich das Kollisionsrecht zusehends mit der staatsangehörigkeitsrechtlichen Mischehe zu beschäftigen.

Da Art. 14 für die Fälle verschiedener Staatsangehörigkeit keine ausdrückliche Regelung vorsieht, hat die hM Art. 14 II EGBGB angewendet, wenn die Ehegatten früher einmal eine gemeinsame Staatsangehörigkeit hatten, während sie bei anfänglich verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten vorrangig an das Heimatrecht des Mannes anknüpfte. Diese Lehre läßt sich, wie oben gezeigt wurde, im Hinblick auf Art. 3 II GG nicht mehr aufrechterhalten. Die Gleichwertigkeit aller von einem Fall berührten Rechtsordnungen wird von der hM übergangen. Die Chancengleichheit des Heimatrechts der Frau, zur Anwendung zu kommen, bleibt von der hM unbeachtet, obwohl der Schwerpunkt der ehelichen Existenz im Geltungsbereich ihres Heimatrechts liegt.

Dagegen entspricht es sowohl dem Art. 3 II GG wie dem Art. 6 IGG (Familieneinheit), daß eine dieser möglichen Rechts-

1) vgl. Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 5 zu Art. 14. Art. 14 wurde schon früh zur allseitigen Kollisionsnorm ausgedehnt, vgl. zB LG Frankfurt v. 29.10.01 in NiemZ 12 (1902) S. 609 (613). RG v. 15.2.06 RGZ 62, 400 (403).

ordnungen durch ein objektives Merkmal der örtlich-sozialen Nähe der Familie qualifiziert wird und wegen der damit verbundenen Berücksichtigung des tatsächlichen Rechtsmilieus zur Anwendung gelangt. Als brauchbares zusätzliches objektives Merkmal kommt der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten in Betracht¹⁾, sofern er mit der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten übereinstimmt.

- b) Bedenken gegen die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wegen der besonderen Funktion von Normgruppen im Bereich des Art. 14 EGBGB

Zweifel an der Berechtigung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung ergeben sich auch aus folgenden Gedanken: Die Ehewirkungen können, worauf Neuhaus hinweist²⁾, eingeteilt werden in Normen, die das Innenverhältnis der Ehegatten zueinander regeln und in solche, die die Beziehungen der Ehegatten zur Umwelt, zum Geschäftsverkehr, zu Dritten zum Gegenstand haben.

Wendet man bei der letzten Gruppe ortsfremdes Heimatrecht an, so bleiben für die Geschäfte des täglichen Lebens die Rechtsgewohnheiten, das übliche Vertrauen auf die herrschende Rechtsordnung und die wirtschaftlichen Verhältnisse des betreffenden Rechts-, Wirtschafts- oder Sozialmilieus unberücksichtigt.

1) Bei Gamillscheg, aaO ist auch der gesamte Streitstand eingehend dargestellt Bem. 9 ff zu Art. 13. Noch hervorzuheben sind vor allem: Makarov, Gleichberechtigung; Siegrist, Gleichberechtigung; Lüderitz, Gleichberechtigung; Sturm, Gleichberechtigung; Simitis, StAZ 71, 33;

2) vgl. Neuhaus, Grundbegriffe S. 160; Neuhaus weist auf die Unterscheidung in statusbegründende bzw. statusändernde Normen einerseits und in Normen bezüglich der Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens andererseits hin. Vgl. auch Neuhaus, Familieneinheit S. 58 f.

Es soll daher versucht werden, den Systemblock des Art. 14 in Normgruppen aufzuspalten und zu fragen, ob eine Sonderanknüpfung von Teilfragen an den gewöhnlichen Aufenthalt, bei dem das enge Band zum "sozialen Milieu", zum "Leben und Wirtschaften" im Vordergrund steht, geeignet ist, die anfallenden Probleme zu lösen. Hierbei ist darauf zu achten, ob die einzelnen Normen nach ihrer generellen Funktion entweder die Anknüpfung an das Heimatrecht als dauerndem und stetigem Recht oder die Anknüpfung an das gewöhnliche Aufenthaltsrecht als das das Sozial-, Rechts- und Wirtschaftsmilieu des konkreten Lebensraumes berücksichtigende Recht erfordern.

Art. 14 läßt sich mE nicht in zwei, sondern in drei Gruppen aufteilen: (aa) Normen, die eheliche Lebenssachverhalte mit vorwiegender Innenbeziehung betreffen; (bb) Normen, die eheliche Lebenssachverhalte als Mischsachverhalte von Innenbeziehungen und Außenbeziehungen betreffen; (cc) Normen, die eheliche Lebenssachverhalte mit starker Außenbeziehung betreffen.¹⁾ Hierbei soll im Hinblick auf die Abgrenzung zu Art. 15 EGBGB nicht nach personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Merkmalen abgegrenzt werden; vielmehr soll die Abgrenzung zu Art. 15 im Sinne der bisher hM erfolgen: Unter Art. 14 fallen alle diejenigen Ehwirkungen, die unabhängig von einem Güterstand eintreten und mithin Folge einer jeden Ehe sind.²⁾

-
- 1) Allgemein wird der Systembegriff des Art. 14 "Persönliche Ehwirkungen" entsprechend dem systematischen Aufbau des BGB behandelt, wobei alle materiellen Ehwirkungsnormen einer einheitlichen Anknüpfung unterworfen werden. Ein starker Trend geht aber zur Auflockerung der Systembegriffe und zur speziellen Anknüpfung. Vgl. zB Hinweis bei Neuhaus, Familieneinheit S. 57 ff; früher Rabel, Qualifikation S. 258; v. Overbeck, Übersicht S. 367; Siehr, lex-fori-Theorie S. 325; insb. FN 179; Braga, Kodifikationsgrundsätze S. 425 f;
- 2) vgl. dazu Kegel, IPR S. 322. Vgl. aber Eherektskommission, Vorschläge und Gutachten S. 18, 89 ff, die Art. 14 und 15 verschmelzt und beiden Sachnormbereichen eine einheitliche Anknüpfung geben will. Wie unten noch zu zeigen sein wird, erscheint dieser Vorschlag der Funktion und dem Zweck der Normgruppen nicht zu entsprechen.

aa) Eheliche Sachverhalte als vorwiegende Innenbeziehung zwischen den Ehegatten.

Zu den Ehwirkungen, die sich vorwiegend zwischen den Ehegatten abspielen und nur einen unwesentlichen Bezug zur Umwelt haben, ist das Entscheidungsrecht des Mannes, das Recht des Mannes, die Briefe der Frau zu öffnen, ein eventuelles Züchtigungs- oder Erziehungsrecht des Mannes, das Recht des Mannes, die gemeinschaftliche Wohnung zu bestimmen, zu zählen.¹⁾ Darunter fällt aber auch die gegenseitige Hilfspflicht der Ehegatten (zB § 1356 II BGB) und die Pflicht der "ehelichen Lebensgemeinschaft" (§ 1353 BGB).

Diese Materien sind vom Recht und der Sitte der Umwelt, in der möglicherweise nur ein kürzerer oder vorübergehender gewöhnlicher Aufenthalt²⁾ besteht, weitgehend unabhängig; sie beruhen vielmehr auf ständiger, überkommener Übung oder Gewohnheit der Ehegatten und gehören meist zum nationalen Vorstellungsbild der Ehe.³⁾ Es muß mE auch berücksichtigt werden, daß die Ehegatten auf diesem Gebiet ein eigenes autonomes Gestaltungsrecht ausüben, das den Sitten der Umwelt jedenfalls nicht angepaßt sein muß. Für den Streitfall soll den Parteien aber die "Berufung" auf ihr Heimatrecht offenstehen.

1) vgl. auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 128 ff zu Art. 14; Soergel-Kegel, Bem. 9 ff. zu Art. 14. Zur Frage der Berufsausübung durch die Frau ist zu unterscheiden: soweit es sich um das Verhältnis zum Arbeitgeber handelt, erscheint eine Anknüpfung (abweichend von der Staatsangehörigkeit) notwendig, die den konkreten Rechtsverkehr und den Schutz Dritter begünstigt. Ob hierbei der gewöhnliche Aufenthalt geeignet ist, erscheint bedenklich. Vielmehr wäre hier mit dem Recht des Arbeitsvertrages gedient, da mit ihm eine Übereinstimmung herbeigeführt werden muß. Vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 183 zu Art. 14.

2) Vgl. unten die Begriffsbestimmung. Es ist nicht erforderlich, daß ein Aufenthalt immer auch tatsächlich eine lange Zeit dauert. Es kommt nur darauf an, daß die objektiven Verhältnisse im Augenblick der Aufenthaltsbegründung darauf schließen lassen, daß der Schwerpunkt der ehelichen Verhältnisse nicht nur vorübergehend bestehen wird. Vgl. Näheres unten S. 225

3) vgl. auch Dölle, persönliche Rechtsbeziehungen S. 366;

Daher erscheint ein Anknüpfungswechsel - wegen eines praktischen sozialen Bedürfnisses - nicht erforderlich oder auch zweckmäßig, so daß die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit beibehalten werden kann. Eine letzte Entscheidung zugunsten der Lex-fori soll allerdings dem Art. 30 EGBGB vorbehalten bleiben.

Gegen diesen Gedanken kann man mE nicht das Urteil des Kammergerichts vom 17.2.1969¹⁾ anführen, durch das die Ehe einer gerade 19-jährigen Deutschen und eines Syrsers aus Alleinverschulden des Mannes geschieden wurde, weil er seine Frau beschimpfte, bespuckte, bedrohte und schlug, und weil er sein Verhalten mit der Entführung des 2-jährigen Sohnes krönte. Das Gericht berief sich wegen Art. 17 III auf deutsches Recht (§ 43 S. 1 EheG). Auf den Einwand des Beklagten, er stamme als syrischer Staatsangehöriger und Mohammedaner aus einem nichteuropäischen und nichtchristlichen Kulturkreis, und es gälten für ihn wesentlich andere die Ehe und Familie betreffende Auffassungen, als sie bei einem deutschen Ehemann zu erwarten seien, gab das Gericht zu verstehen, daß von dem ausländischen Ehemann einer Deutschen "von Gesetzes wegen" erwartet werde, daß er sich den hier geltenden rechtlichen und gesellschaftlichen Vorstellungen anpasse.

1) Vgl. KG vom 17.2.1969 FamRZ 69, 338 ff. Dazu Lüderitz FamRZ 70, 169 ff. Man muß sich darüber klar werden, daß, wenn das Gericht allgemein auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten abstellen wollte, dann die Übereinstimmung des Scheidungsstatutes mit dem Ehwirkungsstatut wieder nicht eintritt. Wenn die deutsche Frau nach Art. 17 III EGBGB klagt, kommt deutsches Recht zur Anwendung. Wohnen aber die Ehegatten in einem dritten Land, dessen Rechtsordnung dem Heimatrecht des Ehemannes vergleichbar ist, kann er sich wiederum während der Ehe wie ein Tyrann aufspielen, ohne daß ihm dies bei der Scheidung vorgehalten werden könnte.

Im Ergebnis bringt das Gericht als Verschuldensmaßstab im Rahmen der Scheidung das Recht der persönlichen Ehwirkungen des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten, zugleich als das Heimatrecht der Frau, zur Anwendung, nicht das nach bisher hM anzuwendende Mannesrecht im Bereich der persönlichen Ehwirkungen.

Dieses Urteil will mE nicht die Abhängigkeit der "Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft" von der sozialen Umwelt konstatieren. Wenn das Gericht die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten anknüpft, mit dem Hinweis auf die "rechtlichen und gesellschaftlichen Vorstellungen" bezüglich der Stellung der Ehefrau, so dürfte es wohl nicht behaupten, daß sich die Verhältnisse der Ehegatten zueinander immer an das vorhandene Milieu anpassen müßten, und daß man daher auch immer das Recht dieses Milieus anwenden müsse. Vielmehr geht es dem Gericht wohl um die Verwirklichung der Gleichberechtigung der Frau im Bereich des Kollisionsrechts und um die Schaffung eines gemeinsamen Ehwirkungsstatutes: das Heimatrecht der Frau soll dann maßgeblich sein, wenn sich das Leben der Ehegatten in diesem Recht abspielt.

Daneben hat das Gericht noch etwas anderes im Auge: Es will die innere Abstimmung des persönlichen Ehwirkungsstatutes mit dem Scheidungsstatut herbeiführen.²⁾ Das Scheidungsstatut der klagenden deutschen Frau (Art. 17 III EGBGB) soll in diesem Fall mit dem Ehwirkungsstatut identisch sein: denn es erscheint seltsam, daß aus einem Grund geschieden werden kann, der sich nach dem während der Ehe geltenden Recht nicht als Scheidungsgrund darstellt, also durchaus legitim ist.¹⁾

- 1) Die Problematik wurde bereits oben S. 75 dargestellt. Hier sei nochmals darauf hingewiesen: Bevor Art. 30 bemüht wird, sollte zumindest de lege ferende eine Lösung auf der Ebene der Anknüpfung gesucht werden.
- 2) vgl. Staud.-Raape, Bem. A. II zu Art. 14, S. 276; Die Vorschriften über die persönlichen Rechtsbeziehungen der Eheleute regeln die Pflichten der Ehegatten zueinander, auf deren Verletzung das Scheidungsrecht begründet wird. Vgl. auch Lüderitz, FamRZ 70, 170.

Vielmehr sollen Ehwirkungsstatut und Ehescheidungsstatut aufeinander abgestimmt werden, so daß man von dem Ehemann verlangen kann, er solle sich nach deutschen Sitten und nach deutschem Rechtsverständnis richten, wenn sich die Ehe auch im Geltungsbereich des Deutschen Rechts abspielt.¹⁾ Mehr konnte und wollte das KG in dieser Entscheidung nicht zum Ausdruck bringen. Im übrigen hat es den "Innenbereich der persönlichen Ehwirkungen" auch nicht dem gewöhnlichen Aufenthaltsrecht unterworfen, ohne dabei die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit mit zu berücksichtigen.

bb) Eheliche Sachverhalte als Mischsachverhalte von Innenbeziehungen und Außenbeziehungen im Bereich des Art. 14 EGBGB

Als Mischsachverhalte von Innenbeziehungen und Außenbeziehungen stellen sich die "Schlüsselgewalt" (§ 1357 BGB), die "Verfügungsbeschränkungen über das Hausgut" (§ 1369 BGB),²⁾ die "Eigentumsvermutung" (§ 1362 BGB) und die "Minderung der Geschäftsfähigkeit der Frau"³⁾ dar. Bei diesen Normen steht der Schutz des Geschäftsverkehrs, der Gläubigerschutz und der Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie neben der Regelung des Verhältnisses zwischen den Ehegatten.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bewirkt, daß im Verkehr mit Dritten meist ortsfremdes Recht zur Anwendung kommen wird, so daß der vom Gesetzgeber verfolgte materielle Zweck nicht erreicht wird. Dies könnte mit einer Änderung

- 1) Hätten diese beiden Ehegatten, falls die Frau in der BRD klagt, in Syrien gewohnt, so müßte für die Frage des Verschuldens (im übrigen Art. 17 III) zunächst dasjenige Recht zur Anwendung kommen, in dessen Geltungsbereich die Ehegatten wohnen, also das syrische Recht. Ob über Art. 30 EG schließlich deutsches Recht anzuwenden ist, unterliegt gesonderter Prüfung.
- 2) Die §§ 1362 u. 1369 BGB dürften in den Bereich des Art. 14 einzureihen sein, soweit sie nicht von einem bestimmten Güterstand abhängig sind und der Ehe im ganzen dienen; ebenso: Staud.-Gamillscheg, Bem. 279 bzw. 282 zu Art. 14; Soergel-Fegel, Bem. 37 zu Art. 14 (zu § 1362 BGB).
- 3) vgl. dazu bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 134 zu Art. 14

der Anknüpfung verhindert werden. Obwohl der Gesetzgeber schon de lege lata in Art. 16 II eine Schutzvorschrift zugunsten des inländischen Rechtsverkehrs erlassen hat, könnte man daran denken, diese Vorschriften einmal auf die oben erwähnten Normen auszudehnen, zum zweiten nicht nur auf die Vornahme des Rechtsgeschäftes im Inland zu beschränken, sondern den Gedanken des 16 II allseitig zu fassen und das Recht des jeweiligen gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten zur Anwendung zu bringen. Dann würde der jeweilige Rechtsverkehr geschützt werden, wie er sich am jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten abspielt.¹⁾

Diese Anknüpfung erweist sich aber als unhaltbar. Der gewöhnliche Aufenthalt wird sehr oft vom Ort der Geschäftsvornahme verschieden sein, so daß dann gegenüber der Staatsangehörigkeitsanknüpfung nichts gewonnen wäre. Dort hat auch nur dieses Auseinanderfallende Schwierigkeiten gebracht. Zum anderen verbietet die Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern, daß sie fremdem Rechtsbrauch ausgeliefert sind und dadurch eventuell die Familie in Schwierigkeiten bringen können. Insofern hat die geltende Regelung den Vorteil, daß sie die eigenen Staatsangehörigen im Ausland nach wie vor an deutsches Recht bindet, daß sie aber Ausländer in Deutschland den hier wohnenden deutschen Staatsangehörigen gleichstellt²⁾ und den inländischen Geschäftsverkehr schützt.

1) Staud.-Gamillscheg, Bem. 93 ff zu Art. 16;

2) erg.: unter den in Art. 16 II genannten Bedingungen: Wenn Ausländer mit gemeinsamem Wohnsitz im Inland ein Erwerbsgeschäft betreiben oder Geschäfte des häuslichen Wirkungskreises vornehmen, dann soll der inländische Geschäftsverkehr geschützt werden. Näher dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 63 ff. zu Art. 16;

Aus diesen Gründen wird von einer Sonderanknüpfung an den jeweiligen Aufenthalt¹⁾ abgeraten und auf die Inlandsschutzvorschriften verwiesen, wie sie de lege lata in Art. 16 II und 7 III EGBGB verankert sind. Zugleich wird der deutsche Staatsangehörige im Ausland, aber auch der inländische Rechtsverkehr geschützt.²⁾

-
- 1) Eine andere Frage ist natürlich, ob man den Begriff "Wohnsitz" in Art. 16 I und II künftig nicht als gewöhnlichen Aufenthalt auslegen soll, wie es zB Neuhaus, Grundbegriffe S. 156 vorschlägt. ME müßte man das schon der Einheitlichkeit der Anknüpfungsbegriffe wegen im Kollisionsrecht tun, obwohl das sonst angebrachte Argument der Vielfalt der Wohnsitzbegriffe nicht zieht, da es sich hier um den inländischen Wohnsitzbegriff handelt.
- 2) So auch die heute hM, näheres zur Gegenansicht und zur kritischen Stellungnahme bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 93 ff, 97 zu Art. 16.

cc) Eheliche Sachverhalte mit starker Außenbeziehung

Zu den Normen, die eheliche Lebenssachverhalte mit starkem Bezug zum "sozialen Milieu" regeln, gehört das Namensrecht der Ehegatten (meist das Namensrecht der Frau) und das Unterhaltsrecht der Ehegatten zueinander.

aaa) Namensrecht

Die internationale Vielfalt der Namensregelungen¹⁾ und die wichtige Funktion des Namens als Erkennungs- und Unterscheidungsmerkmal der Ehegatten außerhalb der Familie hat kollisionsrechtlich (meist im Zusammenhang mit der Gleichberechtigung) zu einer umfangreichen Judikatur und zu teilweise kontroversen Ansichten in der Literatur geführt: Teils wurde das Namensrecht der Ehefrau als Teil des Art. 7 qualifiziert²⁾, teils wurde es in den Bereich des Art. 14 eingeordnet und daher vom Mannesrecht beherrscht;³⁾ andere wandten den Grundsatz des "Schwächeren Rechts" an⁴⁾, eine Ansicht gab bei Doppelstaatern der gemeinsamen Staatsangehörigkeit den Vorzug.⁵⁾ Dabei hat sich die Rechtsprechung nicht auf eine einheitliche Linie einigen können.

1) Vgl. dazu rechtsvergleichend Staud.-Gamillscheg, Bem. 190 ff zu 14.

2) Vgl. zB Frankenstein, IPR, 393; III, 230; Wengler, JZ 66, 179; Ficker, Vernknüpfung (1965) S. 307 f.

3) so die bisher hM, Nachweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 16, 32, 35, 192 ff zu Art. 14; BGH v. 12.7.65, BGHZ 44, 121 ff = JZ 66, 177; BGH qualifiziert das Namensrecht der Frau als persönliche Ehwirkung. Bei staatsangehörigkeitsrechtlicher Mischehe werde das Heimatrecht des Mannes jedenfalls nicht ausschließlich, sondern "auch" herangezogen. Ob auch das Personalstatut der Frau zu berücksichtigen ist, bleibt offen. (BGH folgt im wesentlichen der Lehre vom "Spenderrecht")

4) vgl. zB KG v. 15.10.62 IPRRspr. Nr. 81 = FamRZ 63, 43; OLG Hamburg v. 24.3.69 StAZ 70, 53 Annahme des Mannesnamens nur, wenn dies beide Rechte vorschreiben; diese Möglichkeit deutet auch BGHZ 44, 121 (127) an;

5) zB BayObLG v. 1.2.71 FamRZ 7, 176 = StAZ 71, 164.

Erst in neuerer Zeit beschreitet der BGH v. 12.5.71¹⁾ in dieser Frage - abweichend von BGH v. 12.7.65²⁾ - neue Wege. Eine mit einem Deutschen verheiratete Spanierin, die ihre spanische Staatsangehörigkeit beibehalten hatte, lebte mit ihrem Mann in der Bundesrepublik. Bei der Eheschließung hatte sie den Namen des Mannes angenommen, beantragte aber später eine Namensberichtigung und verlangte - entsprechend ihrem Heimatrecht - die Eintragung ihres früheren Namens.³⁾

Der BGH hat entschieden, daß sich der Name der Frau in einer Ehe, in der einer der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, nach dem Heimatrecht der Frau bestimme, daß sie aber, wenn in dem Staate des gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten ein anderer Name für die Ehefrau gilt, berechtigt sei, diesen Namen anzunehmen.

Primär hat der BGH diese Diskussion unter dem Aspekt der Gleichberechtigung geführt und gefragt, ob das Heimatrecht der Frau im Bereich der persönlichen Ehwirkungen zur Anwendung kommen könne. In zweiter Linie hat er auch die "Umweltbezogenheit des Namens" als neues Kriterium bei der Wahl der maßgeblichen Anknüpfung im Bereich des Art. 14 angeführt.

Der BGH erklärt: Für den Fall, daß nur ein Ehegatte Deutscher ist, müsse die alleinige Geltung des Ehwirkungsstatutes abgelehnt werden; statt dessen müsse eine Doppel-

1) BGH v. 12.5.71 BGHZ 56, 193 = FamRZ 71, 426; = RabelsZ 35 (1971) S. 741 ff (Anm. Neuhaus) mit vielen Hinweisen;

2) vgl. BGHZ 44, 121 = IPRspr. 64/65 Nr. 95 b;

3) Beachtlich ist, daß die Antragstellerin in diesem Fall gerade nicht das Recht wählte, in dem sie mit ihrem Mann wohnte; dennoch glaubte der BGH, zu diesem Problem Stellung nehmen zu müssen.

qualifikation vorgenommen werden mit der Folge einer Verweisung auf das Personalstatut und auf das Ehevirkungsstatut. Hierbei legt der BGH den Schwerpunkt des Namenserwerbs durch Eheschließung auf das Personalstatut¹⁾ der Frau und gibt dem Ehevirkungsstatut insoweit Bedeutung, als die Frau zwischen Ehevirkungsstatut und dem Personalstatut wählen kann. Das Ehevirkungsstatut werde aber nicht - wie bisher - an die Staatsangehörigkeit des Mannes angeknüpft, auch müsse der Grundsatz des schwächeren Rechts in diesem Zusammenhang ausscheiden. Wegen der "Umweltbezogenheit des Namens" liege die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt²⁾ nahe; gerade die Ehefrau habe ein Interesse daran, sich namensrechtlich der Umwelt anzupassen.

Der BGH begründet die Maßgeblichkeit des Personalstatutes damit, daß man einerseits dem Grundsatz der Gleichberechtigung iS des Art. 3 II GG genüge, daß zugleich aber der internationale Entscheidungseinklang herbeigeführt werde - weil die Namensführung auf internationaler Ebene eindeutig sein müsse -, und man wegen der öffentlich-rechtlichen Funktion des Namens hiermit auch die Rolle der Heimatbehörden hinreichend berücksichtige.³⁾ Die Beachtung des Ehevirkungsstatutes stützt er aber darauf, daß der Ehe name eine Folge der Eheschließung sei, insbesondere aber auf die "Umweltbezogenheit des Namens" der Eheleute. Die Ehefrau habe ein Interesse daran, daß sie in der sozialen Umwelt, mit der die Familie verbunden sei, eine entsprechende Wertschätzung vorfinde und nicht durch einen möglichen Anschein eines Konkubinates eine ungünstige gesellschaftliche Stellung einnehme oder sogar in den Augen der Öffentlichkeit herabgemindert werde.⁴⁾

1) So der BGH RabelsZ 35 (1971) S. 345 f; im Anschluß an Wengler, NJW 63, 593; NJW 63, 2230; JZ 66, 179;

2) Gegen den BGH neuestens Schmitz, NJW 72, 988-993 (1989). Kritisch Hoffmann, StAZ 1972, 3;

3) Das öffentliche Namensrecht beschränkt sich aber hauptsächlich auf das Recht der Namensänderung durch Hoheitsakt. Dazu auch Wengler, NJW 72, 1001 f; Im übrigen verweist das öffentliche Recht weitgehend auf das bürgerliche Recht.

4) So der BGH aaO S. 345.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Entscheidung tatsächlich eine Klärung des gesamten Fragenkreises bringen wird. Denn neben einigen offenen materiellen Zweifelsfragen¹⁾ hat der BGH nicht deutlich genug gemacht, ob die "Umweltbezogenheit des Namens" nur im Zusammenhang mit der Gleichberechtigung Bedeutung hat, oder ob sie so schwer wiegt, daß man praktisch zu einer Sonderanknüpfung des ehelichen Namensrechts kommen muß. Es ist auch nicht klar herausgestellt, wie bei Ausländern mit verschiedener Staatsangehörigkeit zu verfahren ist: soll es dann bei der alten Regelung des Vorrangs des Mannesrechts bleiben, auch wenn die Ehegatten im nationalen Staat der Frau wohnen oder gar in einem Drittland?

Keinerlei Ausführungen hat der BGH zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes gemacht; teilweise spricht er nur vom "Aufenthaltsland". Es ist offen, ob ein nur vorübergehender Aufenthalt ausreicht, um das anzuwendende Recht endgültig zu bestimmen; ob die Dauer des Aufenthaltes durch einen entsprechenden subjektiven Willen der Ehegatten ersetzt werden kann.

Daß andererseits der BGH in dieser Entscheidung bei allen Zweifeln und offenen Fragen einen entscheidenden Schritt auf ein funktionales Kollisionsrecht hin gemacht hat, zeigt die Tatsache, daß er die Wahl der Anknüpfung von der typischen Funktion eines engeren Normbereiches abhängen ließ - und nicht mehr streng nur die Staatsangehörigkeit entscheiden ließ. -

Daß gerade die "Umweltbezogenheit des Namens" ein brauchbares Kriterium ist - wenn nicht sogar das einzig entscheidende! -, zeigen aber auch noch andere Fälle aus der Rechtsprechung. Ein eindrucksvolles Beispiel ist der oben bereits

¹⁾ vgl. zB Hoffmann, StAZ 1972, 3

erwähnte Fall ¹⁾ des BayObLG v. 31.7.1970.²⁾ Die mit einem Griechen verheiratete deutsche Zahnärztin, die in der Bundesrepublik eine Zahnarztpraxis betrieb, wollte vor dem Standesbeamten dem Namen des Mannes ihren eigenen Namen anfügen (§ 1355 BGB), weil sie ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Weiterführung ihres früheren Namens hatte.

Die Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts - das auch das BayObLG im Sinne einer verbreiteten Ansicht³⁾ zur Anwendung brachte - erscheint nicht so sehr deshalb bedenklich, weil beide Ehegatten keine tatsächliche Beziehung mehr zu Griechenland unterhielten (sie dachten nicht einmal mehr an eine Rückkehr dorthin). Sie erscheint bedenklich, weil das gemeinsame griechische Heimatrecht, wonach die Frau den Namen des Mannes annimmt, den konkreten Bezug des Namens der Frau zum "sozialen Milieu" und die wirtschaftliche Bedeutung des Namens nicht berücksichtigen kann, während das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes (zugleich des Orts der Berufsausübung) dazu in der Lage ist. Das Gericht führt ganz zu Recht aus, beim Beruf des Zahnarztes stehe die Persönlichkeit des Ausübenden im Vordergrund; das Interesse an der Fortführung des bisherigen Namens sei besonders groß, weil die Patienten die Person und die Leistung des Ausübenden gerade mit seinem Namen verbinden würden.⁴⁾

1) vgl. oben S. 73.

2) vgl. BayObLG v. 31.7.71 StAZ 71, 51 (52); dazu Simitis, StAZ 71, 34. Oben ist erwähnt worden, daß das Gericht durch eine sorgfältige rechtsvergleichende Studie über das nach Art. 14 EGBGB anzuwendende griechische Recht dem Antrag der Frau stattgeben konnte, weil das griechische Recht in Ausnahmefällen eine ähnliche Regelung vorsieht.

3) vgl. RGBI 1912, 453, 475; Soergel-Kegel, Bem. 4 zu Art. 14; dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 93 zu Art. 14; Nußbaum, IPR S. 147;

4) vgl. BayObLG, aaO. S. 52;

Die "Umweltbezogenheit des Namens" hat auch in dem folgenden Adoptionsfall des AG Hamburg v. 23.2.69 große Bedeutung.¹⁾ Das Gericht hatte über den Namen eines Adoptivkindes deutsch-spanischer Eltern zu entscheiden: sollte es den gemeinsamen spanischen Namen der Eltern erhalten, oder sollte es nach dem Mädchennamen der Mutter benannt werden? Als Vorfrage war daher auch über den ehelichen Namen der Mutter zu entscheiden.²⁾

Das AG Hamburg wendete nicht das Heimatrecht des Mannes an, sondern das Heimatrecht der Frau, weil der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten im Geltungsbereich dieses Rechts lag. In den Entscheidungsgründen brachte das Gericht zum Ausdruck, daß der Ehe name "umweltbezogen" sei, und daß darauf bei der Wahl der Anknüpfung großer Wert gelegt werden müsse. Würden die Eheleute einen am gewöhnlichen Aufenthaltsort nicht gebräuchlichen Namen führen, so würde von dem Kind nach außen der Eindruck entstehen, "es handele sich um ein uneheliches Kind der Annehmenden." So hätte bei Anwendung spanischen Rechts das Kind den Namen der Mutter erhalten, der sich von dem Namen des Mannes unterschied.

Diese drei Fälle mögen veranschaulichen, welche Bedeutung der "Umweltbezogenheit des Namens" im Zusammenhang mit der Anknüpfung zukommt. Sie rechtfertigt es, über die bisherige Rechtssprechung und hM hinauszugehen, die die "Umweltbezogenheit des Namens" allenfalls im Zusammenhang mit der Verwirklichung der Gleichberechtigung ins Spiel brachte: die Umwelt-

1) vgl. AG Hamburg StAZ 69, 366 (Anm. Braasch). Dazu auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 207 zu Art. 14;

2) Kommt entsprechend der hM - spanisches Recht zur Anwendung, behält die Frau ihren Namen bei, so daß das Kind einen vom Vater verschiedenen Namen trägt. Kommt dagegen das Heimatrecht der Frau zur Anwendung, erhält die Frau den Namen des Mannes (§ 1355 BGB), so daß auch das Kind den Namen beider Eltern erhält.

bezogenheit des Namens hat eine so große Bedeutung für die Beteiligten, daß unabhängig vom Heimatrecht der Ehegatten dasjenige Recht über den Ehenamen bestimmen soll, in dessen Geltungsbereich sich das eheliche Leben tatsächlich abspielt. Die konkrete Umweltbeziehung des Namens erfordert eine Anknüpfung, in der die tatsächlich räumlich-soziale Verbindung zu einer Rechtsordnung zum Ausdruck kommt; eine so stabile, dauerhafte Anknüpfung wie die Staatsangehörigkeit entspricht ihr nicht.¹⁾

Mit dieser Lösung sind zugleich die mit der Staatsangehörigkeitsanknüpfung verbundenen Probleme der Qualifikation aufgehoben; die Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau ist durch die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt verwirklicht. Allerdings muß in Kauf genommen werden, daß das eheliche Namensrecht nicht mehr in den Bereich des Art. 14 EGBGB eingereiht wird, sondern eine Sonderanknüpfung erfährt.

Durch die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt büßt das eheliche Namensrecht die für dies nötige "Festigkeit" des Statutes nicht ein. Dauer und Kontinuität sind im Bereich des Namensrechts nicht notwendig wesentliche Erfordernisse.²⁾ Auch der Gedanke der konfliktlosen Reintegration in das Heimatrecht, wie er bei statutsbegründenden oder statutsaufhebenden Akten wie der Eheschließung oder der Ehescheidung auftritt, spielt im Bereich des Namensrechts keine große Rolle. Auch Wengler³⁾ weist darauf hin, daß bei Nichtanerkennung einer Namensänderung durch

1) Ausdrücklich soll darauf hingewiesen werden, daß das Personalstatut darüber befindet, ob ein Persönlichkeitsrecht am Namen besteht; aber auch über den Namensschutz, Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse S. 374, und die behördliche Namensänderung; dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 220 zu Art. 14.

2) vgl. zB Schnitz NJW 72, 992, der sich gegen die Entscheidung des BGH v. 12.5.71 wendet. Wegen der Einführung des gewöhnlichen Aufenthaltes fürchtet er "Kontinuitätsverlust" im Namensrecht.

3) vgl. Wengler, NJW 72, 1002, ebenfalls zu derselben Entscheidung.

den Heimatstaat Mann und Frau durchaus genötigt werden könnten, je nach Wohnort bald diesen, bald einen anderen Namen tragen zu müssen. Dies werde aber künftig nicht so sehr ins Gewicht fallen, da die Identität der Personen im zwischenstaatlichen Bereich künftig ohnehin mit anderen Mitteln herbeigeführt würde, als über den Namen: dann würde aber der Name seine ursprüngliche Funktion wieder zurückgewinnen, die er als Mittel der gesellschaftlichen Kennzeichnung im tatsächlich umgrenzten Lebensraum (zB des Wohnortes) einmal hatte.¹⁾

bbb) Unterhaltsrecht

Das Unterhaltsrecht bei Ehegatten stellt zunächst ein inneres Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten dar, in welchem die Last der Aufwendungen und des Unterhaltes verschieden auf die Ehegatten verteilt ist. Daneben ist aber gerade das Unterhaltsrecht von seiner starken Abhängigkeit zur Umwelt, zur wirtschaftlichen und sozialen Umwelt geprägt.

So wird die Frau in solchen Ländern unterhaltspflichtig sein, wo sie im starken Maße am Wirtschaftsprozeß teilnimmt, oder wo sie rechtlich allgemein dem Mann gleichgestellt ist. Auch in der Frage des Umfangs und der Höhe des zu zahlenden Unterhaltes dürfte eine starke Abhängigkeit von den wirtschaftlichen Verhältnissen und von sonstigen gesellschaftlichen Gepflogenheiten der Umwelt - die im dort geltenden Recht Niederschlag gefunden haben - bestehen.

1) Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß Zitelmann, IPR I, 138 und II, 174 in gewisser Hinsicht die Umweltbezogenheit des Namens beachtete und für die Anknüpfung forderte: nicht das Heimatrecht, sondern das sog. "Gebietsstatut" sei für das (eheliche) Namensrecht maßgeblich. Auch Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse S. 373 räumt ein, daß uU Vorschriften des öffentlichen Rechts des Aufenthaltsortes der Person aus Gründen der öffentlichen Ordnung eingreifen und Modifikationen des Personalstatutes bewirken können.

Ebenso ist denkbar, daß die Art und Weise, den Unterhalt zu zahlen, von den allgemeinen Gepflogenheiten in einem Land beeinflußt ist. Es sei hier auf § 1610 BGB verwiesen, der das Maß des zu zahlenden Unterhaltes nach der Lebensstellung der Beteiligten regelt. Dies aber ist kein rein rechtliches, sondern ein außerrechtliches, ein gesellschaftliches Moment.

Dieser Gedanke steht im Gegensatz zur heute hM¹⁾, die den Unterhalt (Höhe, Art, Verjährung, Geltendmachung für die Vergangenheit)²⁾ ausnahmslos dem Art. 14 EGBGB zuordnet. Da nach Art. 14 die Staatsangehörigkeit die maßgebliche Anknüpfung darstellt, sind daher Besonderheiten am Wohnort des Berechtigten oder Verpflichteten unberücksichtigt.

Der Gedanke, die Unterhaltsregelungen unter Familienmitgliedern nicht dem Staatsangehörigkeitsrecht, sondern dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes zu unterstellen, ist nicht neu. Bereits das Haager Unterhaltsabkommen vom 24.10.1956³⁾ läßt das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes über dessen Unterhalt bestimmen.

Aus diesen Gründen erscheint es erwägenswert, de lege ferenda den Zusammenhang von Unterhaltsrecht und "sozialem Milieu" zu berücksichtigen und nicht mehr generell an die Staatsangehörigkeit der Ehegatten oder die Staatsangehörigkeit des Mannes anzuknüpfen, sondern an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten. Hiermit wird verhindert, daß ein Recht zur Anwendung kommt, das die besonderen Verhältnisse des Wohnortes nicht berücksichtigt; anderer-

1) vgl. die Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 227 zu Art. 14;

2) vgl. dazu rechtsvergleichend Staud.-Gamillscheg, Bem. 223 ff zu Art. 14;

3) vgl. Zustimmungsgesetz v. 18.7.61, BGBl II 1012; Kegel, IPR S. 358.

seits wird ermöglicht, daß die Besonderheiten des "sozialen Milieus", die in dem dort geltenden Recht ihren Niederschlag gefunden haben, auch beim konkreten Fall berücksichtigt werden, so daß eine weitgehende innere Harmonie mit dem territorial geltenden öffentlichen und privaten Recht verwirklicht wird.¹⁾ Das Recht der "effektiven Rechtsgemeinschaft" steht dem Unterhaltsbedürftigen näher als ein fremdes Heimatrecht.

ccc) Prozeßkostenvorschuß

Die Pflicht der Ehegatten, dem anderen Teil die Kosten eines Prozesses vorzuschießen (vgl. § 1360 a IV BGB), reiht die heute hM in den Bereich der persönlichen Ehwirkungen ein.²⁾ Demnach ist zu prüfen, ob sich der Übergang zum gewöhnlichen Aufenthalt als Sonderanknüpfung für das eheliche Unterhaltsrecht auch auf diesen Bereich ausdehnen läßt.

1) Hierbei ist von großer Bedeutung, daß bei dieser Regelung privates Unterhaltsrecht in einem engen Zusammenhang zur staatlichen sozialen Versorgung (im weitesten Sinne) steht. Auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 232 a zu Art. 14 will das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes für den Fall anwenden, daß die Eheleute mit verschiedener Staatsangehörigkeit auch in verschiedenen Rechtsgebieten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. In diesem Zusammenhang ist interessant zu bemerken, daß bereits Nußbaum, IPR S. 147 für das Unterhaltsrecht die Möglichkeit deutschen Rechts (als lex fori) vorgeschlagen hat, wenn sich beide Ehegatten (oder doch der Unterhaltsberechtigte mit Zustimmung des Unterhaltspflichtigen) dauernd in Deutschland aufhalten. Die dem Deutschen Recht entsprechende Unterhaltsleistung sei eine Forderung des deutschen ordre public: Die Unterhaltspflicht berühre erhebliche allgemeine Interessen. Bei Nichterfüllung müsse die öffentliche Fürsorge einsetzen. Die Unterhaltspflicht habe straf- und verwaltungsrechtliche Bedeutung.

2) vgl. umfangreiche Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 247 zu Art. 14

Kallenborn hat sich mit diesem Problem rechtsvergleichend auseinandergesetzt.¹⁾ Er kam zu dem Ergebnis, daß auf dem Gebiete des Prozeßkostenvorschusses weniger der Zusammenhang des Prozeßkostenrechts mit der sozialen, wirtschaftlichen Umwelt von Bedeutung ist, als vielmehr der Zusammenhang zu den jeweiligen Prozeßrechtsregeln.

Das jeweilige Prozeßrecht bestimme die Pflicht und die Höhe des Prozeßkostenvorschusses; daher werde ein sachgerechtes Ergebnis erzielt, wenn das Prozeßkostenrecht eine Sonderanknüpfung an die lex-fori erfahre.²⁾

1) Kallenborn, Prozeßkostenvorschuß S. 149 - 277; zur Qualifikation der hM statt aller: Staud.-Gamillscheg, Be. 247 zu Art. 14. Zuletzt personenrechtliche Qualifikation: OLG Hamm v. 26.8.71 NJW 71, 2137; vgl. auch Kegel, IPR S. 113 und 123; Raape, IPR S. 112 FN 115; Früher güterrechtliche Qualifikation: zB Rabel, Qualifikation S. 275; 277; Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse S. 381;

2) Dafür setzt sich besonders Kallenborn ein, vgl. aaO S. 135 ff; wobei auf die Wechselwirkung zwischen staatlicher Armenrechtsgewährung und Prozeßkostenvorschußpflicht hingewiesen wird (S. 136). Vgl. auch die Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 565 zu § 606 b ZPO.

Betrachtet man den Fall, daß Ehegatten in einem Staat einen Prozeß führen wollen, der den Ehegatten aufgibt, einen Prozeßkostenvorschuß vor Prozeßbeginn zu leisten, und der dementsprechend mit der Armenrechtsgewährung sparsam ist, gehören die Ehegatten aber einem Staat an, der bei der Armenrechtsgewährung großzügig ist und eine Prozeßkostenvorschußpflicht der Ehegatten nicht kennt, so kann es mit dem Rechtsschutz schlecht bestellt sein, weil von keiner Seite ein Gebührenvorschuß erwartet werden kann. Dies zeigt, daß die Anwendung der *lex-fori* ein brauchbares Ergebnis herbeiführen kann und deshalb gerechtfertigt erscheint.

Folgt man dieser Argumentation, so bedeutet dies, daß für die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt kein Raum ist. Denn der gewöhnliche Aufenthalt würde dann den inneren Zusammenhang zum Recht des Prozeßortes nicht herstellen, wenn der Gerichtsort mit dem Ort des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes nicht identisch ist. Dann würde der gewöhnliche Aufenthalt dieselben Probleme schaffen wie die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit. Der innere Zusammenhang zwischen Prozeßrecht und Prozeßkostenrecht wäre wieder nicht gewahrt.

3. Art. 15 EGBGB (Eheliches Güterrecht)

a) Zusammenhang Staatsangehörigkeitsanknüpfung - Unwandelbarkeit

Dem Bereich des Art. 15 EGBGB werden "annäherungsweise" jene vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zugeordnet, die eine Sonderordnung des Vermögens von Mann und Frau darstellen oder von einer Sonderordnung absehen und nicht bei jeder Ehe vorliegen.¹⁾

Das eheliche Güterrecht unterliegt dem Recht des Staates, dem der Mann zur Zeit der Eheschließung²⁾ angehört hat. Das Statut ist unwandelbar³⁾ (Art. 15 II EGBGB), ein späterer Staatsangehörigkeitswechsel des Ehemannes bleibt auf das eheliche Güterrecht ohne Einfluß. Demgegenüber wird das Sachrecht dieses Staates in seinem jeweiligen Stand beachtet.

-
- 1) Zur Abgrenzung vgl. Soergel-Kegel, Bem. 6 zu Art. 15; Kegel, IPR S. 322; Staud.-Gamillscheg, Bem. 214 ff, 218 ff zu Art. 15; Dort auch Näheres über die Qualifikations-schwierigkeiten. Die Ehrechtskommission will in Vorschläge und Gutachten, Eherecht, Art. 14 und Art. 15 in einen Komplex verschmelzen; dazu Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 90 ff;
 - 2) Seit RG vom 20.3.1906, JW 1906, 328 ist Art. 15 EGBGB zu einer allseitigen Kollisionsnorm ausgedehnt;
 - 3) Der Grundsatz der Unwandelbarkeit ist auf Dumoulin zurückzuführen "primum domicilium semper inspiciendum". Fundstellennachweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 73 ff zu Art. 15; intertemporale Gesichtspunkte fallen wegen der Änderung des innerstaatlichen Rechts nicht ins Gewicht, da die Unterschiede der verschiedenen Regelungen durch Überleitungsvorschriften entschärft werden.
- /r.!

aa) Der Grundsatz der Unwandelbarkeit

Die Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatutes beruht hauptsächlich auf dem Gedanken der materiellen Rechtssicherheit. Durch das Ehegüterrecht soll die materielle Existenzgrundlage der Familie auf lange Zeit gestaltet werden. Diese Aufgabe kann es nur erfüllen, wenn es stabil und auf lange Sicht berechenbar ist: Die Ehegatten sollen auf die von ihnen einmal gestaltete und vorgefundene Rechtslage vertrauen können. Dementsprechend werden spätere Liquidationen erleichtert, Wenn sich die gesamte güterrechtliche Entwicklung innerhalb derselben Ordnung vollzieht, die in sich ein geschlossenes und harmonisches System darstellt. Andere¹⁾ sehen in dem Grundsatz der Unwandelbarkeit einen Schutz gegen fraudulöses Verhalten des Mannes auf der einen, Schutz der wohlerworbenen Rechte der Frau auf der anderen Seite.

In neuerer Zeit sprechen einzelne Stimmen für die Aufhebung der Unwandelbarkeit und fordern die Eingliederung²⁾ des Güterrechts, Art. 15 EGBGB in Art. 14 EGBGB: "Wenn die in national gebundenen Familientraditionen viel stärker verwurzelten persönlichen Ehwirkungen wandelbar sind, kann der Güterstand, vom familienrechtlichen Standpunkt aus gesehen, ebenfalls wandelbar sein".

Diese Argumentation kann aber schwerlich aufrechterhalten bleiben. ME fehlt es an der Vergleichbarkeit der güterrechtlichen und der persönlichen Ehwirkungen. Die persönlichen Ehwirkungen sind den Ehegatten zu jedem Zeitpunkt eine neu zu gestaltende Aufgabe und verbieten als solche einen Statutenwechsel nicht; das Güterrecht dagegen ist den Ehegatten für die Dauer ihrer Ehe die materielle Rechtsgrundlage und als solche dauernde Voraussetzung einer umfassenden Bemühung um Bildung und Stabilität eines Familien- und Hausvermögens.³⁾

1) zB RG v. 18.4.1882, RGZ 6, 225;

2) vgl. zB Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Eherechtskommission S. 90;

3) vgl. dazu Gernhuber, FamR S. 316;

Ein kontinuierliches Güterrecht gereicht daher zum Schutz der Familie und gibt die Möglichkeit langfristiger Vermögensdispositionen.¹⁾

Dieser Ansicht kann auch wirkungsvoll mit dem Hinweis auf die Probleme der Überleitung²⁾ entgegnet werden, dem sie kaum wird gerecht werden können. Wird das eheliche Güterrecht wandelbar gestaltet, müssen die einzelnen Güterstände ineinander übergeführt werden. Dazu müßten spezielle Überleitungsvorschriften entwickelt werden, was aber dem Gesetzgeber kaum zugemutet werden kann. Ob dieses Problem durch von der Wissenschaft entwickelte allgemeine Grundsätze gelöst werden kann, bleibt abzuwarten.

bb) Konsequenz für die Anknüpfung

Die Entscheidung für oder gegen die Unwandelbarkeit muß offenbleiben. Folgt man aber der Forderung, das Güterrecht müsse auf Dauer einer innerlich geschlossenen und abgestimmten Rechtsordnung³⁾ unterliegen, so bejaht man zugleich, worauf auch Firsching⁴⁾ hinweist, die Notwendigkeit einer Anknüpfung mit Stabilität und Dauerhaftigkeit. Dieses Erfordernis erfüllt wie keine andere die Staatsangehörigkeitsanknüpfung. Beachtung sollte darüber hinaus auch der Gedanke der dauerhaften Bindung an die heimatliche Rechtsordnung finden: Die Wahrscheinlichkeit, daß die Ehegatten immer wieder in ihren Heimatstaat zurückkehren oder mit ihm in dauernder Verbindung stehen, ist größer, als daß sie mit einem früheren Wohnsitz immer wieder in Kontakt treten.

1) Darauf legt auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 87 zu Art. 15 großen Wert.

2) vgl. dazu Rabel, Conflict I S. 380 - 391; Gamillscheg, Reform S. 706 ff, ders., Unwandelbarkeit S. 152 - 158;

3) Dies besagt nicht, daß zwingend die Unwandelbarkeit beibehalten werden muß. Aber es besagt, daß leichter veränderliche Anknüpfungen als die Staatsangehörigkeit vermieden werden müssen.

4) vgl. Firsching, FamRZ 68, 63 ff.

b) Bedenken gegen die Anknüpfung an das Heimatrecht des
Mannes im Bereich des Art. 15 EGBGB

aa) Art. 3 II GG iVm Art. 6 I GG

Die Frage, ob die vorrangige Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes im Bereich des Art. 15 EGBGB gegen Art. 3 II GG verstößt, hat nur dann Relevanz, wenn die Ehegatten zur Zeit der Eheschließung, aber auch nach der Eheschließung weiterhin verschiedene Staatsangehörigkeiten haben. Nimmt die Frau bei der Eheschließung die Staatsangehörigkeit des Mannes an, verliert sie aber zugleich ihre bisherige Staatsangehörigkeit, so kann die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes als gemeinsames Heimatrecht maßgeblich bleiben. Keinesfalls wird man auch dann einen Verstoß gegen Art. 3 II GG annehmen dürfen, wenn die Ehegatten nur noch im Zeitpunkt der Eheschließung verschiedene Staatsangehörigkeiten haben.

Behalten die Ehegatten über die Eheschließung hinaus die verschiedene Staatsangehörigkeit, so verstößt die vorrangige Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes gegen Art. 3 II GG. Dies wird besonders dann deutlich, wenn die Ehegatten nicht im Heimatstaat des Mannes, sondern in dem der Frau ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, also ihren ehelichen Schwerpunkt haben. In diesem Fall erscheint ein Anknüpfungswechsel unumgänglich.

Da die gleichzeitige Berücksichtigung beider Heimatrechte bei Anwendung der Lehre vom schwächeren Recht auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts schlecht durchführbar ist (mangelnde Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit, aber auch die Gefahr, den Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung¹⁾)

1) vgl. Frankenstein, IPR III S. 301: "Weichen die beiden Heimatrechte wesentlich voneinander ab, so ist kein Güterstand zustande gekommen, die beiden Vermögen bleiben getrennt".

aufzudrängen), ergibt sich die Notwendigkeit, das zusätzliche Merkmal des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten über das maßgebliche Heimatrecht entscheiden zu lassen. Diese Lösung entspricht auch dem Gebot des Grundsatzes der Familieneinheit, für das eheliche Güterrecht ein möglichst einheitliches Statut zu schaffen.^{1) 2)}

bb) Bedenken gegen die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit aus der besonderen typischen Funktion von Normgruppen im Bereich des Art. 15

Wiederum bleibt die Frage, ob die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wegen der besonderen Funktion von Normgruppen im Bereich des Art. 15 zugunsten des gewöhnlichen Aufenthaltes aufgegeben werden soll. Hierbei ist an den Schutz Dritter oder des jeweiligen Rechtsverkehrs und an Normgruppen mit besonderer Umweltfunktion zu denken.

aaa) Schutz Dritter und des jeweiligen Rechtsverkehrs

Der Schutz Dritter und des Rechtsverkehrs wird auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts durch Art. 16 I EGBGB berücksichtigt. Sofern nicht schon über Art. 15 EGBGB deutsches Recht zur Anwendung kommt, soll, wenn fremde Staatsangehörige bei einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, Deutsches Recht dann zur Anwendung kommen, wenn beide ihren Wohnsitz im Inland

1) Hier ist BVerfGE 16, 80 = IPRRspr. 1963/64 Nr. 89 zu beachten, wo das BVerfG eine eigene Prüfungskompetenz wegen des vorkonstitutionellen Charakters des Art. 15 ablehnt und die Prüfungskompetenz der angegangenen Gerichte feststellt. So kann man schon jetzt zur Nichtigkeit der Norm gelangen und - ohne auf den Gesetzgeber zu warten - einen Anknüpfungswandel vornehmen.

2) zu anderen Vorschlägen umfangreiche Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 52 ff zu Art. 15;

haben. Daher zielt diese Vorschrift nur auf den Schutz des inländischen Rechtsverkehrs ab.¹⁾

Hier könnte erwogen werden, durch Einführung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten im In- oder Ausland Art. 16 auszuweiten und den jeweiligen Rechtsverkehr vor einem fremden Recht zu schützen. Aber bereits oben²⁾ ist auf die Nachteile dieser Anknüpfung hingewiesen worden. Als eines der wichtigsten Argumente ist angeführt worden, daß die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt keinesfalls die Gewähr bietet, daß Aufenthaltsrecht und Recht des Ortes der Vornahme des Rechtsgeschäfts identisch sind. In diesem Fall wäre gegenüber der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit kein Vorteil erlangt.³⁾

Allerdings kann schon de lege lata - obwohl es sich praktisch kaum auswirken dürfte - "Wohnsitz" in Art. 16 I und II als gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt ausgelegt werden.⁴⁾ Zwar spielen hier wegen des inländischen Wohnsitzes Auslegungsschwierigkeiten keine Rolle, dagegen empfiehlt sich die Einführung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes wegen der Einheitlichkeit der Anknüpfungen im Kollisionsrecht. Dreierlei Anknüpfungen im Bereich des Personalstatutes wären dem äußeren Entscheidungseinklang abträglich.

1) Zum Streitstand näher: Staud.-Gamillscheg, Bem. 93 ff zu Art. 16; hM: Art. 16 sei eine Exklusivnorm und als Ausnahme zum Grundsatz der Maßgeblichkeit des Heimatrechts eng auszulegen.

2) vgl. oben S. 120 f.

3) Eine Trennung in "internes" und "externes" Güterrecht, wie es zB in der Schweiz Schnitzer vorschlägt (vgl. Schnitzer, IPR I S. 434 ff), empfiehlt sich nicht, da das eheliche Güterrecht dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Güterrechtsstatutes unterliegt. Vgl. dazu auch Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 90 ff;

4) vgl. zB Neuhaus, Grundbegriffe S. 156;

bbb) Besondere Umweltbezogenheit von Normkomplexen

Soweit ersichtlich, spielt im ehelichen Güterrecht der Gedanke der Umweltbezogenheit eines Sachverhaltes und dessen zwingende Wechselwirkung zum "sozialen Milieu" keine besondere Rolle. Vergleichbare Normgruppen, wie im Bereich des Art. 14 das Namens- oder Unterhaltsrecht, sind mE im Bereich des Art. 15 nicht vorhanden.¹⁾

c) Ergebnis

Diese Ausführungen zeigen, daß bei Art. 15 keine Notwendigkeit besteht, von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit abzugehen, weil sie gegenüber dem gewöhnlichen Aufenthalt den Vorzug größerer Stabilität und Eindeutigkeit genießt, was dem Charakter des ehelichen Güterrechts zugute kommt.²⁾ Eine Sonderanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wegen besonderer Umweltbezogenheit eines Sachverhaltes ist nicht erforderlich. Nur im Fall verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten nach Eheschließung liegt die zusätzliche Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten zur Bestimmung des maßgeblichen Rechts nahe.

1) Es ist eine andere Frage, die gesonderter Nachprüfung bedarf, ob man nicht der Parteiwillen ("Parteiautonomie") im Bereich des Art. 15 größere Bedeutung einräumen sollte, wie es in Frankreich üblich ist. Vgl. dazu ZB Batiffol, DIP II S. 281, 286 (Nr. 622 ff); Hier übt der Wohnsitz, insbesondere bei mangelndem erklärtem Parteiwillen, die Vermutungsfunktion für das Bestehen eines Parteiwillens aus, da beim französischen Wohnsitzbegriff die subjektive Seite großes Gewicht hat. Batiffol aaO: "Le premier domicile matrimonial est le lieu, où les époux entendent fixer et fixent effectivement leur établissement d'une manière stable". Diese französische Praxis beruht auf langer Tradition.

2) Vgl. auch Vorschläge der Internationalen Union des lateinischen Notariats II Nr. 3 a. Text in RabelsZ 27 (1964), 491. Dazu Dumoulin, RabelsZ 28 (1964), 428.

4. Art. 17 (Ehescheidung)

a) Problemstellung

Im Bereich der Ehescheidung sind bei der Wahl der Anknüpfung viele Punkte zu berücksichtigen: So geht es neben dem Problem der Gleichberechtigung der Ehegatten - verbunden mit dem Grundsatz der Familieneinheit (Art. 3 II GG und Art. 6 I GG) - um die Frage nach dem besonderen Zusammenhang des Eherechts mit dem "sozialen Milieu": Ist die Frage der Scheidung einer Ehe zwingend von den Übungen, Gepflogenheiten und Rechtsauffassungen der "sozialen Umwelt" abhängig? Es geht weiter um die Behandlung der Scheidung "Hinkender Ehen" (Nichtehe) und um die Beachtung des Grundsatzes, möglichst "hinkende Ehescheidungen" zu vermeiden.¹⁾ Schließlich muß über das Verhältnis der Ehewirkungen (Art. 14 EGBGB) zu der Ehescheidung nachgedacht werden,¹⁾ weil sich auch über die entsprechende Wahl der Anknüpfung ein "innerer Entscheidungseinklang" zwischen beiden Sachnormkomplexen herbeiführen läßt.

Daß diese Probleme nicht nur akademischer Art sind, läßt sich an folgendem Fall aus der Praxis erläutern: Eine katholische Italienerin heiratete einen Griechen orthodoxen Bekenntnisses in Italien vor dem katholischen Geistlichen (sog. "Konkordatsehe"). Die Ehegatten lebten daraufhin in der Bundesrepublik, bis der Mann die Frau im Stich ließ und nach Griechenland zurückkehrte. Nach sechsjähriger Trennung klagt die Frau auf Scheidung.

Kollisionsrechtlich müssen folgende Schwierigkeiten überwunden werden: Es handelt sich um eine staatsangehörigkeitsrechtliche Mischehe; die Ehegatten wohnen nicht in einem der Heimatstaaten, sondern in einem Drittland. Aus griechischer Sicht ist die Ehe eine "Nichtehe", weil die griechischen Voraussetzungen einer gültigen Eheschließung nicht erfüllt worden waren. Die Ehegatten leben während ihrer (in der -----

¹⁾ dazu unten S. 245 f.

BRD und Italien) gültigen Ehe lange getrennt. Die Rechtsauffassungen der beteiligten Rechte sind hinsichtlich der Ehescheidung sehr verschieden.

Für die Frage des anzuwendenden Rechts ergibt sich: Wegen Art. 17 I EGBGB wäre griechisches Recht anzuwenden. Nach griechischem Recht (Anknüpfung der "Vorfrage" an die lex causae) besteht die Ehe nicht. So ergibt sich die seltsame Notwendigkeit, eine Ehe nach einem Recht zu scheiden, nach dem eine gültige Ehe gar nicht vorliegt. Die hM behandelt die Ehe nach deutschem Recht als gültig (Beurteilung der "Vorfrage" nach der lex fori) und beurteilt die Scheidung nicht nach dem in Art. 17 I bezeichneten, sondern nach deutschem Recht.¹⁾

Wird diese Ehe nun aber aufgrund des deutschen Rechts geschieden, dann kann die Frau, die im Vertrauen auf die Gültigkeit der Ehescheidung in ihrer Heimat eine neue Ehe eingehen will, große Überraschungen erleben: Kennt ihr Heimatrecht die Scheidung nicht oder nur unter Voraussetzungen, die anforderungsmäßig erheblich über denen des Scheidungsstatutes liegen, so wird sie feststellen, daß ihr Heimatstaat die Ehescheidung eventuell nicht anerkennt, und daß sie nach wie vor als mit ihrem früheren Ehemann verheiratet angesehen wird. So hat diese Frau eine zweifache Bürde: Eine hinkende Ehe und eine hinkende Ehescheidung.

Vor diesem Hintergrund muß geprüft werden, ob der gewöhnliche Aufenthalt dieser Misere abhelfen kann, oder ob er sich als Danaergeschenk erweist.

1) Für die internationale Zuständigkeit gilt (unstr., hM): Da der Heimatstaat des Mannes die Ehe als nichtbestehend ansieht, kommt es auf die Anerkennung des Urteils durch diesen Staat nicht an. Im Heimatstaat des Mannes steht ein Scheidungsforum nicht zur Verfügung. Die Inlandszuständigkeit (606 I und II, ZPO) ergibt sich aus dem Gebot der Rechtshilfe (vgl. Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 387 ff zu § 606 ZPO). Zur Frage des anwendbaren Rechts: Raape, IPR 304. Palandt-Lauterbach, 6a zu Art. 17; Rechtsprechungshinweise bei Soergel-Kegel, Art. 17, Anm. 22 FN. 3. Zu bedenken bleibt, daß die ausländische Frau Art. 17 III nicht beanspruchen kann. Ausländer genießen dieses Inländerprivileg nicht (vgl. dazu Staud.-Gamillscheg Bem. 27, 37 zu Art. 17).

b) Gleichberechtigung und Grundsatz der Familieneinheit,
Lösungsmöglichkeiten

Die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten verstößt gegen Art. 3 II GG.¹⁾ Dies wird im eben dargestellten Fall deutlich, wo das Heimatrecht der Frau keinerlei Berücksichtigung erfährt. Sie ist die allein Leidtragende.

Obwohl durch die Ehescheidung die Ehe aufgelöst wird, kommt zu Art. 3 II GG die Forderung, aus Gründen der "Familieneinheit" auf ein einheitliches Scheidungsstatut beider Ehegatten hinzuwirken. Hiergegen hat das Argument, durch die Ehescheidung würde die eheliche Einheit aufgelöst, ein einheitliches Familienstatut sei nicht mehr erforderlich, nur wenig Durchschlagkraft. Bevor die Ehegatten einer zerrütteten Ehe zur Ehescheidungsklage schreiten, sollen beide die gleichen Chancen haben; sie sollen die Erfolgsaussichten ihres Klagebegehrens abschätzen und sich auch über die Nebenfolgen der Scheidung Gedanken machen können. So muß jedenfalls die Gefahr gemieden werden, daß der Ehegatte, dessen Heimatrecht die Scheidung nicht oder nur unter schweren Voraussetzungen kennt, der Willkür des Ehepartners ausgesetzt ist und beliebig lange an der Ehe festgehalten werden kann. Auch im Rahmen der Scheidungsfolgen muß, da eine gewisse Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten fort dauern kann, ein einheitliches Statut angestrebt werden. Aus diesen Gründen erscheint es nicht gerechtfertigt, von vorneherein den Kläger auf sein Heimatrecht zu verweisen und damit die Frage des anzuwendenden Rechts von der Klägerrolle abhängen zu lassen.

1) Auch Kolllewijn, Clunet 96 (1969) S. 958: Die angeführte Entscheidung hält die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes als gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung verstoßend und fährt fort: "Le Tribunal pense qu'il faut ... choisir un système juridique unique pour les deux époux..." Hierbei komme bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten, oder wenn ein Ehegatte keine Staatsangehörigkeit hat, "la loi du dernier domicile commun des conjoints ... où un époux est resté domicilié ..." zur Anwendung.

aa) Ablehnung der Lehre des "Schwächeren Rechts" im Bereich
des Art. 17

Die Anwendung der Lehre vom "schwächeren Recht" bringt schon begriffliche Schwierigkeiten mit sich. Einerseits wird dieser Grundsatz so verstanden,¹⁾ daß die Rechte beider Ehegatten beachtet werden müssen; daß aber nur dasjenige siegt, nach dem die schwächeren Wirkungen eintreten. An anderer Stelle wird gesagt,²⁾ bei Anwendung beider Gesetze würden nur solche Wirkungen eintreten, die nach den Heimatrechten beider Ehegatten begründet sind.

Andererseits soll im Bereich des Art. 17 dieser Grundsatz eine Scheidung dann zulassen, "wenn auch nur das Recht eines Ehegatten die Scheidung gestattet".³⁾ Das ist das Gegenteil der ersten Auffassung.

Beurteilt man die Zulässigkeit der Scheidung im Sinne der ersten Auffassung, so würden wegen der Kumulation beider Rechte Scheidungen erheblich erschwert. Nebenfolgen der Scheidung würden uU einem "künstlichen" Statut unterliegen. Der entscheidende Richter wäre bei der Ermittlung des anzuwendenden Rechts überfordert.

-
- 1) insbesondere Kegel, in Soergel-Kegel, Bem. 4 zu Art. 14; Hinweise auch bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 28 f zu Art. 14;
- 2) Soergel-Kegel, Bem. 16 vor Art. 13; aber auch Bem. 4 zu Art. 14: Die Frau erhält den Mannesnamen nur, wenn ihn beide Rechte zusprechen!
- 3) Staud.-Gamillscheg, Bem. 25 zu Art. 17, mit Hinweis auf Soergel-Kegel, Bem. 16 zu Art. 17

Beurteilt man die Zulässigkeit der Scheidung dagegen nach der zweiten Version, so wird die Scheidung einseitig begünstigt. Eine solche einseitige Begünstigung ist, wie Neuhaus zu Recht betont,¹⁾ "ein Fremdkörper im System unseres Kollisionsrechts ..., der die Wirkungen der zwingenden Vorschriften des nach allgemeinen Grundsätzen anwendbaren Rechts ... in Frage stellen würde".

bb) Anwendung des letzten gemeinsamen Heimatrechts der
Ehegatten

Vereinzelte wird vorgeschlagen, an das letzte gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten anzuknüpfen.²⁾ Gegen diesen Vorschlag ist anzuführen, daß gerade in den Fällen, wo die Ehegatten im Heimatstaat der Frau wohnen, die Frau oft keinerlei Beziehungen zu dem Heimatstaat des Mannes hat, und auch eine Rückkehr in den Heimatstaat des Mannes nicht wahrscheinlich ist. - Vielmehr müßte auch dieser Fall (wenn die Frau Doppelstaaterin ist) wie die Fälle verschiedener Staatsangehörigkeit behandelt werden.

1) Neuhaus, Grundbegriffe S. 116.

2) vgl. zB Ehrechtskommission, Vorschläge und Gutachten S. 3 (Ehescheidung) § A Nr. 2; Beitzke, GG und IPR S. 29 f; ders., JZ 1961, 653; Im übrigen hilft dies nicht weiter, wenn nie eine gemeinsame Staatsangehörigkeit bestand.

cc) Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt

Gegenüber den hier angeführten Lösungen erscheint die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten zur Zeit der Klageerhebung als eine Anknüpfung, die zugleich den Grundsatz der Gleichberechtigung wie den der Familieneinheit zu verwirklichen vermag.

c) Die Behandlung "Hinkender Ehen"

Bei dem Problem der Scheidung "Hinkender Ehen" stellt sich die Frage, ob die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten das Problem lösen kann.

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt kann auch in diesem Fall die Ursache dafür sein, daß ein Widerspruch zu dem Recht entsteht, nach dem die Ehe allein gültig ist. Dies möge ein Beispiel erläutern: Ein griechisch-spanisches Ehepaar, das vor dem Standesbeamten und dem katholischen Geistlichen in der Bundesrepublik geheiratet hatte, begründete hier seinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt. Später klagte der Mann auf Scheidung. Wendet das Gericht entgegen Art. 17 I EGBGB deutsches Recht an als das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes, kann die Ehe, die in Griechenland Nichtehe ist, geschieden werden. Diese Ehescheidung wird aber in Spanien nicht anerkannt werden mit der Folge, daß neben der hinkenden Ehe zu Lasten der Frau ein neues hinkendes Rechtsverhältnis entsteht: die hinkende Ehescheidung.¹⁾

1) Zum gleichen Ergebnis käme man im Fall der italienisch-griechischen Ehe, falls das alte italienische Scheidungsrecht zugrunde gelegt würde.
Bei Anwendung des § 606 I ZPO (vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 387 zu Art. 606 b ZPO) kommt es auf die Anerkennung des Scheidungsurteiles durch den Heimatstaat der Frau nicht an. Die Frage, ob diese Lösung gegen Art. 3 II GG verstößt, (wäre der Mann Spanier, käme es gem. § 606 b ZPO auf die Anerkennungsfähigkeit an!) stellt sich nicht, wenn man die Interessen der Frau kollisionsrechtlich berücksichtigt.

Dieser Fall lehrt, daß auch in Fällen "Hinkender Ehen" der gewöhnliche Aufenthalt keine geeignete Zusatzan-
knüpfung darstellt, da sie geeignet ist, neue hinkende
Rechtsverhältnisse zu schaffen, dagegen nicht, sie zu
verhindern.

Vielmehr erscheint in diesem Fall das Heimatrecht der-
jenigen Partei Anwendung finden zu müssen, nach deren
Heimatrecht die Ehe gültig ist, unabhängig von jeglichem
Schwerpunkt der Ehe. Auf diese Weise braucht die funktio-
nelle Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nicht aufge-
geben zu werden, und Art. 3 II GG ist verwirklicht. Daß
hierbei - im Gegensatz zur Anknüpfung an den gewöhnlichen
Aufenthalt oder gar an die lex fori - gewisse Härten in
Kauf genommen werden müssen, ist durch die Verschiedenar-
tigkeit der nationalen Rechte bedingt, die gleichwertig
sind. Das Kollisionsrecht hat nicht die Funktion, aus-
ländische Rechtsentscheidungen zu korrigieren. Diese
Aufgabe hat allenfalls der jeweilige nationale Gesetz-
geber.¹⁾

d) Umweltbezogenheit des Ehescheidungsrechts

Teilweise wird die Umweltbezogenheit des Ehescheidungsrechts
betont und deswegen die Anknüpfung an den Wohnsitz oder ge-
wöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten empfohlen. So insbeson-
dere in Frankreich, wo das "domicile commun" als Anknüpfung

1) Zu diesem Problem näher: Staud.-Gamillscheg, Bem. 201 ff zu
Art. 17; Die hM begründet die Nichtanwendung des Heimatrechts,
nach dem die Ehe Nichtehe ist, mit dem Satz: Man dürfe nicht
einem Recht die Scheidung überlassen, nach dem gar keine Ehe
vorliege. Vgl. zur Mittelmeinung Soergel-Kegel, Bem. 22 zu
Art. 17. Kritik an dieser Lehre bei Staud.-Gamillscheg, Bem.
221 aE zu Art. 17;

für die Ehescheidungsstatuten fungiert. Allerdings sei betont, daß die Umweltbezogenheit des Scheidungsrechts immer nur im Zusammenhang mit der Verwirklichung der Gleichberechtigung erwähnt wird. So stützen die französischen Gerichte die Anwendung des Rechts des "domicile commun" auf den Satz: bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten sei dasjenige Recht anzuwenden, in dessen Rechtsgemeinschaft die Ehegatten gemeinsam integriert seien. Hierbei ist die meistgebrauchte Formel: "Intégration au milieu social". 1) 2)

-
- 1) Während die "Ferrari"-Rechtsprechung (dazu H. Batiffol, DIP II Nr. 443, zu diesem Urteil vom 6.7.1922, D.P. 1922. 1.137) noch französische lex-foi zur Anwendung brachte, wenn nur einer der Parteien ein Franzose war, hat das Urteil "Rivière", Civ. vom 17.4.1953, J.C.P. 1953 II. 7863, Rev.crit. 42 (1953) S. 412 den Anfang einer neuen Rechtsprechung gesetzt: Es folgte dem seit dem 1. Weltkrieg einsetzenden Trend zur Domizilanknüpfung (vgl. Francescakis, Avatars S. 296) und legt der Anerkennung einer Scheidung einer staatsangehörigkeitsrechtlichen Mischehe (Frau ist Französin, Mann Ecuadorianer und Russe) ecuadorianisches Recht als das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes ("loi du domicile") zugrunde, das zugleich identisch war mit der lex-foi und dem Heimatrecht des Mannes.-Französisches Recht kommt für die Ehescheidung dann zur Anwendung, wenn die Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit (davon eine die französische) ihren Ehe Wohnsitz in Frankreich haben ("domicile commun des époux"). Dabei muß der gemeinsame Wohnsitz nur innerhalb desselben Rechtsgebietes liegen. Diese Rechtsprechung wurde aufgenommen und weitergeführt durch die Urteile "Lewandowsky" (vgl. Civ. vom 15.3.1955, Clunet 83 (1956) S. 146); ferner "Patino" (vgl. Paris vom 26.6.1969, Rev.crit. 48 (1959) S. 700, Anm. Batiffol); bis zu dem berühmten Fall "Tarwid" (vgl. Civ. vom 15.5.1961, D. 1961, 437; Rev.crit. 50 (1961) S. 547 f.), wo anerkannt wird, daß bei verschiedener ausländischer Staatsangehörigkeit der Ehegatten französisches Ehescheidungsrecht zur Anwendung kommt (hilfsweise als lex fori), wenn die Ehegatten ihren gemeinsamen Wohnsitz in Frankreich haben.

Während die französische Wissenschaft und Praxis auf die Umweltbezogenheit der Ehe abstellt und mit ihr die Verwirklichung der Gleichberechtigung der Ehegatten im Kollisionsrecht und die Herbeiführung eines einheitlichen Scheidungsstatutes verbindet, gibt es zum deutschen Kollisionsrecht kaum Äußerungen, daß die "Umweltbezogenheit des ehelichen Lebens" oder gar des Ehescheidungsrechts allgemein das Kriterium der "engsten Beziehung" zu einer Rechtsordnung darstellt. So spielt die Umwelt-

Fortsetzung der Anmerkungen von Seite 148:

- 1) Interessant ist hierbei die Ausführung zum Begriff des "domicile commun": Das Gericht versteht darunter nicht "domicile" iS Artt. 108, 215 I C.civ., sondern es gebraucht im Urteil verschiedene erläuternde Begriffe, die wohl alle den gleichen Begriffskern haben: "résidence habituelle"; "résidence effectif"; "établissement effectif"; "habitation"; Mit diesen Begriffen will das Gericht bezeichnen: "intégration au milieu social par un établissement effectif dans le même pays." Vgl. dazu Francescakis, aaO S. 307 f; er spricht von "avatars". Paris vom 14.5.70 geht gar soweit (Rev.crit. 60 (1971) S. 86 (note Lagarde)), daß trotz fremder gemeinsamer Staatsangehörigkeit (tunesische Staatsangehörigkeit) französisches Recht als das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes (Wohnsitzes) angewendet wird. Ob bei dieser Entscheidung tatsächlich die Umweltbezogenheit der Ehe oder nicht schlicht und einfach die Vorzüge der lex-fori maßgebend waren, kann hier nicht beurteilt werden. Vgl. auch de Winter, Nationality S. 390, 407 f; Vgl. auch zur Ansicht, man müsse im IPR die rechtliche und soziale Umwelt berücksichtigen, in der eine Beziehung wurzelt und ihre Wirkung entfaltet: Holleaux, Note, D. 1961.2.438 zur Rechtsprechung des Kassationshofes zur Scheidung von Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit (zit. bei Neuhaus, Grundbegriffe S. 152).
- 2) vgl. dazu neuestens: E. Poisson, Ned. T.Int.R. 19 (1972) 240 ff.

bezogenheit einer materiellen Normgruppe in der deutschen Wissenschaft und Praxis nur im Zusammenhang mit der Gleichberechtigung der Ehegatten im Bereich des ehelichen Namensrechts, Art. 14 EGBGB eine Rolle (BGH vom 12.5.1971).¹⁾ Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt, der diese Umweltbezogenheit zum Ausdruck bringen soll, hat dabei die Aufgabe, die kollisionsrechtliche Verschiedenbehandlung der Ehegatten zu überwinden und (ebenfalls) zugleich ein einheitliches Statut zu schaffen. Im übrigen wird im Rahmen des Eherechts, insbesondere auch des Art. 17 EGBGB, die Beziehung zum Heimatstaat des Mannes als die engste Beziehung zu einer Rechtsordnung angesehen.

e) Umweltbezogenheit bestimmter Normgruppen?

Entsprechend wie bei den persönlichen Ehwirkungen kann auch im Bereich des Art. 17 gefragt werden, ob nicht einzelne Normgruppen wegen der besonderen Umweltbezogenheit der geregelten Sachverhalte eine andere Anknüpfung als die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit verlangen. Auch hier kommen vor allen anderen die Normen bezüglich des Namens- und Unterhaltsrechts in Betracht.

aa) Namensrecht nach der Ehescheidung

Bei Art. 14 wurde auf die Umweltbezogenheit des Namens der Eheleute Wert gelegt, weil die Eheleute auch in ihrer Umwelt namensmäßig als solche erscheinen müßten. Es wurde gesagt, es sei nicht tragbar, daß eine verheiratete Frau infolge eines umweltfremden Namens als Konkubine, oder das

¹⁾ vgl. BGHZ 56, 193 = FamRZ 1971, 426 = RabelsZ 36 (1972), 741;

Kind einer verheirateten Frau als nichteheliches Kind angesehen würde.¹⁾

Ob diese Grundsätze allerdings auf die Verhältnisse nach der Ehescheidung übertragen werden können, erscheint sehr zweifelhaft. Die geschiedene Frau tritt gerade in der Öffentlichkeit nicht mehr als "Ehefrau" auf, sondern als Alleinstehende oder als wieder Heiratswillige. Demnach wird sie unter dem Namen gekennzeichnet und individualisiert, unter dem sie auftritt; aus ihrem Namen können weder Rückschlüsse auf ihren Stand noch Widersprüche aus ihrem Stand, ihrem Auftreten und ihrem Namen gezogen werden.

Vielmehr scheint an die Stelle der Wechselwirkung zwischen sozialem Milieu und der "gesellschaftlichen Einheit" Ehe das subjektive Interesse der Frau treten zu wollen, den Ehenamen fortzuführen, ihren früheren Ehenamen oder Mädchennamen wieder annehmen zu wollen; oder aber das subjektive Interesse des Mannes, der Frau die Weiterführung seines eigenen Namens zu verbieten. Es ist in diesen Fällen nicht einzusehen, warum gerade das Recht des jeweiligen gewöhnlichen Aufenthaltes der Betreffenden über diese Frage entscheiden soll.

Daher scheint ein Übergang zu einer Sonderanknüpfung des Namensrechts nach der Ehe nicht erforderlich. Vielmehr bleibt es bei den bisher üblichen Anknüpfungen.²⁾

1) vgl. zum Komplex des Namensrechts nach der Ehescheidung: Ficker, RabelsZ 16 (1951) S. 32 - 43 mit überzeugenden eigenen Vorschlägen. Ferner Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse S. 374

2) vgl. dazu Ficker, aaO S. 43, der je nach Interessenlage ein anderes Statut zur Anwendung kommen lassen will. Geht es um automatische Namensfolgen aufgrund der Ehescheidung, so soll das Scheidungsstatut zur Anwendung kommen, geht es dagegen um das Schutzinteresse des Mannes, dann das Personalstatut des Mannes, steht das Interesse der Frau im Vordergrund, wird man ihr eigenes Personalstatut zur Entscheidung dieser Frage zubilligen müssen.

bb) Unterhaltsrecht nach der Ehescheidung

Wie bereits bei den Ehwirkungen festgestellt wurde, besteht zwischen dem Unterhaltsrecht, den die Ehegatten einander zu leisten haben, und dem "sozialen Milieu", in dem sie leben, eine enge Beziehung. So wurde gesagt, daß ortsfremdes Recht (bei Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit) die wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse des Berechtigten nicht berücksichtigen kann.

Die Situation nach der Ehescheidung erscheint gegenüber den Verhältnissen während der Ehe nicht stark verschieden, was die Wechselwirkung des Unterhaltes zur wirtschaftlichen und sozialen Umwelt betrifft. Nach der Ehescheidung ist es ebenso von Bedeutung, daß der Unterhaltsberechtigte den Unterhalt erhält, der seiner Stellung, seinem "Lebenshaltungszuschnitt", aber auch den wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen des Landes des gewöhnlichen Aufenthaltes entspricht.

Daher erscheint auch für das Unterhaltsrecht nach der Ehe eine Sonderanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt berechtigt zu sein, ohne daß es auf die Staatsangehörigkeit der Betroffenen ankäme.

Die Sonderanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt hat wegen der Anknüpfungsidealität mit dem Unterhaltsrecht im Rahmen des Art. 14 den Vorteil, daß die Ehegatten, wenn sie ihren Aufenthaltsort nicht verändern, mit einem im wesentlichen gleichartigen Unterhalt rechnen können, wie sie ihn während der Ehe beanspruchen konnten, ohne ihre Lebensführung im wesentlichen ändern zu müssen.¹⁾ Sie hat weiterhin den Vorteil - entsprechend den Verhältnissen während der Ehe -

¹⁾ Die Frage der materiellen Identität des ehelichen und nach-ehelichen Unterhaltsrechts wird auch verschieden behandelt, vgl. dazu zB AG Gelsenkirchen, Beschluß v. 27.8.62 NJW 62, 2303; hier Hinweis auf BGH 20, 127; dazu auch Gernhuber, FamR S. 303;

daß der Zusammenhang mit der Sozialversicherung, der öffentlichen Fürsorge und den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen (Währung) gewahrt bleibt.¹⁾

f) Zusammenfassung zu Art. 17 EGBGB

Der gewöhnliche Aufenthalt verdrängt im Bereich des Art. 17 nur auf dem Gebiet des nachehelichen Unterhaltsrechts die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit. In allen übrigen Fällen, die einer näheren Prüfung unterzogen wurden, blieb entweder die Staatsangehörigkeit als Anknüpfung allein maßgeblich, oder der gewöhnliche Aufenthalt soll, wegen Art. 3 II GG iVm Art. 6 I GG, nur ergänzend zu einer der Staatsangehörigkeiten der Ehegatten hinzutreten.

1) vgl. dazu zB den Fall LG Saarbrücken vom 6.4.1954
IzRspr. 1954 Nr. 23;

VI. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse und rechtsvergleichende Umschau zur Anknüpfung im internationalen Eherecht

1. Staatsangehörigkeit als funktionelle Anknüpfung

Die Staatsangehörigkeit erscheint als funktionelle Anknüpfung grundsätzlich geeignet für das internationale Eherecht.

a) So erscheint ein Abgehen von der Staatsangehörigkeit wegen politischer, wirtschaftlicher und sozialer Strukturveränderungen und trotz eines gewissen Funktionswandels des Kollisionsrechts im modernen IPR nicht erforderlich.

b) Vielmehr sprechen nach wie vor für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit folgende Gründe:

Obwohl sich in der Bindung an das Heimatrecht auch heute noch das Vertrauen in die nationale Rechtsordnung und die rechtlichen Auffassungen der nationalen Rechtsordnung manifestiert, ist die Staatsangehörigkeit im modernen Kollisionsrecht ein vorwiegend nüchterner Begriff ohne romantisches Nationalempfinden, der den einzelnen Materien des Personalstatutes die notwendige Stabilität und Kontinuität verleiht. Insbesondere entspricht die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit auch dem Dauercharakter der Ehe.¹⁾

Nur die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ist in der Lage, weitgehend sog. "Hinkende Rechtsverhältnisse" zu verhindern.

1) Auf den Zusammenhang der Dauerrechtsverhältnisse mit der Staatsangehörigkeitsanknüpfung macht auch Batiffol, DIP I S. 333 ff aufmerksam; Müller, in Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 39;
Man kann durchaus sagen, daß die Staatsangehörigkeitsanknüpfung bei Dauerverhältnissen (statusbegründende und statusaufhebende Rechtsakte) die engste Beziehung zu einer Rechtsordnung darstellt. Hier ist nicht nur ein räumlich enger, sondern ein zeitlich vertikaler innerer Entscheidungseinklang herzustellen.

Sie bringt die Gewähr dafür, daß Staatsangehörige nach der Rückkehr in den nationalen Staatsverband ohne weiteres integriert werden können. Die Rechtsverhältnisse der Einzelpersonen genießen eine "innere Harmonie", die Rechts- und Sozialordnung des Staates erfährt keine störende Einwirkung eines fremden Rechts, falls die Staatsangehörigen mit diesem Staat wieder in Kontakt kommen.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit hat auch heute noch den Vorzug der leichten Feststellbarkeit.¹⁾ Sie kann häufig durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden, dem Richter werden dadurch umfangreiche Aufklärungen über die "gesamten Lebensumstände" erspart.

Ferner entspricht die Dauer und Klarheit der Staatsangehörigkeitsanknüpfung dem in Art. 20 III GG verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit.²⁾

Als untaugliche Argumente zur Aufrechterhaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung haben sich allerdings die Hinweise auf "patriotische Gefühle" zur Nation, auf die Wahrung und Aufrechterhaltung der "Volksindividualität" oder auf ihre Schutzfunktion vor kleinlichen Beeinträchtigungen der staatlichen Souveränität herausgestellt. An die Stelle des emotionellen Bandes zur Nation ist die nüchterne Zugehörigkeit zu einem Staat als einer Rechtsgemeinschaft getreten.³⁾

-
- 1) vgl. Ferid, Neubürger S. 46 ff; Makarov, Allg. Lehren S. 351 f; auch de Winter, Nationality S. 404; aA teilweise Neuhaus, Grundbegriffe S. 139 f; Ficker, Verknüpfung S. 303 unter Hinweis auf das türkische Staatsbürgerschaftsgesetz v. 11.2.64;
- 2) vgl. dazu Ferid, Wechselwirkungen S. 137; Beitzke, GG und IPR S. 11; Gamillscheg, Reform S. 673; die größere Sicherheit der Staatsangehörigkeitsanknüpfung ist gerade für den Notar von sehr großer Bedeutung, der die Parteien bei der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse unterstützend beraten muß. Vgl. Internationale Union des Lateinischen Notariats, Entschließung auf dem 7. Kongreß in Brüssel 1963, abgedruckt in RabelsZ 28 (1964) S. 491 ff; dazu: Dumoulin, RabelsZ 28 (1964) S. 428;
- 3) darauf legen Wert: Neuhaus, Grundbegriffe S. 139; Ferid, Neubürger S. 48;

2. Mängel der Staatsangehörigkeitsanknüpfung

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit hat sich in folgenden Fällen als nicht ausreichend zur endgültigen Bestimmung des anzuwendenden Rechts gezeigt:

Wo das Staatsangehörigkeitsrecht selbst Anlaß für Schwierigkeiten ist: a) Dies ist der Fall, wo gar keine Staatsangehörigkeit besteht oder nicht nachgewiesen werden kann, wie zB bei Staatenlosen. Der Gesetzgeber ist in der neuen Fassung des Art. 29 EGBGB auf den gewöhnlichen Aufenthalt ausgewichen. b) Wo die Staatsangehörigkeit einer Person allein noch keine definitive Bestimmung einer Rechtsordnung vornimmt, weil aa) bei einem oder bei beiden Ehegatten mehrere Staatsangehörigkeiten vorliegen. Darunter fallen sowohl die Fälle mehrfacher Staatsangehörigkeit der Ehegatten, wie die Fälle der einfachen verschiedenen Staatsangehörigkeiten der Ehegatten. In beiden Fällen erscheint der gewöhnliche Aufenthalt geeignet, den Ausschlag für die Wahl der anwendbaren Rechtsordnung zu geben; weil bb) die Staatsangehörigkeit auf einen Staat mit mehreren Teilrechtsordnungen verweist. In diesem Fall soll der gewöhnliche Aufenthalt ebenfalls als Ausdruck für die "engste Beziehung" zu einer Teilrechtsordnung gelten. c) Überall dort, wo die betreffenden Personen zwar eine Staatsangehörigkeit haben, wo sie aber nur noch formellen Charakter hat, weil jede tatsächliche Verbindung zu dem Heimatstaat abgerissen ist. Hierzu ist aber erforderlich, daß eine Rückkehr in die Heimat zB wegen begründeter Furcht vor religiöser oder politischer Verfolgung oder vergleichbaren Anlässen unmöglich ist, und daß die betreffenden Personen einen neuen, objektiv feststellbaren Mittelpunkt der Lebensverhältnisse in einem anderen Land (Land des gewöhnlichen Aufenthaltes) eingerichtet haben. Hier tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle der Staatsangehörigkeit.

3. Untauglichkeit der Staatsangehörigkeitsanknüpfung, Raum
für den gewöhnlichen Aufenthalt.

Die Staatsangehörigkeitsanknüpfung hat sich als untauglich erwiesen, wo in den Normen der Artt. 13 - 17 die besondere Umweltbezogenheit bestimmter Lebenssachverhalte im Vordergrund steht, und daher eine Anknüpfung notwendig ist, die gerade die Umweltbezogenheit durch die Anknüpfungstatsachen zum Ausdruck bringt. Wie die Einzeluntersuchungen der Artt. 13 - 17 ergeben haben, trifft dies zu: aa) im Rahmen des Art. 14 für das eheliche Namensrecht und für das eheliche Unterhaltsrecht der Ehegatten. bb) bei Art. 17 für das nacheheliche Unterhaltsrecht der Ehegatten. In diesen Fällen soll der gewöhnliche Aufenthalt ausschließlich an die Stelle der Staatsangehörigkeit treten.

4. Die Beibehaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung in
modernen Reformvorschlägen

Die grundsätzliche Beibehaltung der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit für das internationale Eherecht wird im Inland wie im europäischen Ausland von fast allen Reformvorschlägen empfohlen.

a) Inland

Staud.-Gamillscheg¹⁾ verhält sich wegen der Entscheidung des BVerfG vom 4.5.1971 zwar abwartend, neigt aber im Grundsatz - mit überzeugenden Argumenten - zum Festhalten an der Staatsangehörigkeitsanknüpfung. Er führt den Entscheidungseinklang unter den europäischen Ländern wie die größere Rechtssicherheit an. Allerdings räumt er auch dem gewöhnlichen Aufenthalt eine künftig wachsende Bedeutung ein. Beide Anknüpfungen sieht Gamillscheg nicht mehr als sich ausschließende Anknüpfungen an.

1) vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 113 - 121 vor Art. 13;

Die übrigen Reformvorschläge machen von diesem Grundsatz ebenfalls Gebrauch.¹⁾ Die grundsätzliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wird beibehalten. Hilfsweise wird allerdings zur Wohnsitzanknüpfung geschritten, wobei eine einheitliche Linie nicht abgezeichnet wird. Insbesondere der Deutsche Rat für internationales Privatrecht hat in seinen "Vorschlägen und Gutachten" die prinzipielle Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nicht angetastet, er ergänzt sie aber entweder durch den gewöhnlichen Aufenthalt (auch ohne daß er in Verbindung mit einer Staatsangehörigkeit steht) oder durch eine weitere Kette von anderen Anknüpfungsmomenten (sog. "Kegel'sche Leiter").²⁾

b) Europäisches Ausland

In den Reformvorschlägen des europäischen Auslandes ist die Staatsangehörigkeit ebenfalls die grundsätzliche Anknüpfung für das Personalstatut, insbesondere für die Ehestatuten. So bestimmt der Österreichische Entwurf³⁾ eines Bundesgesetzes über das internationale Privat- und Prozeßrecht - dem Grundsatz der "engsten Beziehung" folgend - in § 8 I: "Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person sind nach dem Rechte des Staates zu beurteilen, dem die Person angehört, oder das dieser für anwendbar erklärt. (...)". Die Eherechtsnormen (§§ 13 - 17) verweisen aber dann nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf das in § 8 definierte "Personalstatut". Demnach wird primär auf das Heimatrecht abge-

1) vgl. dazu die einzelnen Kommissionen des Deutschen Rates für IPR: Sachen-/Personenrecht S. 1; Eherecht, Vorschläge und Gutachten S. 7; Kindschaftsrecht S. 8; Erbrecht S. 4; aber auch die Vorschläge von Makarov, Gleichberechtigung S. 382 bis 396; Beitzke, GG und IPR, Siegrist, Gleichberechtigung; Kegel, IPR S. 296 ff; Gamillscheg, Reform S. 672 ff;

2) vgl. dazu die Kritik bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 69 - 82 vor Art. 13; Sturm, Gleichberechtigung S. 163 ff; Lüderitz, Gleichberechtigung in FamRZ 70, S. 169 ff;

3) vgl. dazu näher: (mit abgedrucktem Text) ZFRV 12 (1971) S. 161 - 248 mit Erläuterungen von F. v. Schwind.

stellt, dem auch die endgültige Bestimmung der maßgeblichen Rechtsordnung anheimgestellt wird (Gesamtverweisung). Diese Methode deutet auf eine Tendenz zur Gleichstellung der Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzanknüpfung hin: die künftige Entwicklung soll nicht präjudiziert werden.¹⁾

Der neue französische IPR-Entwurf von 1967 in seiner 3. Fassung bestimmt ebenfalls in seinem Art. 2290 C.civ.²⁾ für die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person das Heimatrecht, für das Eherecht (Artt. 2292 - 2295 C.civ.) das jeweilige (gemeinsame) Personalstatut (vgl. Art. 2292) für maßgeblich. Dies ist im Bereich der persönlichen Ehwirkungen die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten, hilfsweise der gemeinsame Wohnsitz, im Bereich der Ehescheidung ebenfalls die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten, hilfsweise der gemeinsame Wohnsitz (vgl. 2294 f C.civ.).

In der neuen Fassung der Benelux-Konvention v. 11.5.1951, die am 3. Juli 1968 unterzeichnet wurde, wird im Bereich des Personalstatutes und der Ehestatuten ebenfalls an der Staatsangehörigkeit festgehalten.³⁾ Art. 2 führt aus: "Der Personenstand, die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit einer Person werden durch ihr Heimatrecht bestimmt." Die Ehwirkungen richten sich primär nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten. In Art. 4, wo das eheliche Güterrecht geregelt wurde, hat sogar das Mannesrecht den Vorrang, das Heimatrecht der Frau findet keine Berücksichtigung.⁴⁾

1) vgl. dazu Schwind, aaO S. 200 ff;

2) vgl. zu diesem neuen Entwurf neuestens Reichelt in ZFRV 12 (1971) S. 249 ff; Reichelt nimmt in diesem Bericht allerdings nur zu den allgemeinen Fragen Stellung.

3) vgl. dazu Makarov, Quellen Bd. II S. 125; ferner Ferid, StAZ 69, 241;

4) weitere Hinweise auch bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 31 S. 18 vor Art. 13;

Die Beibehaltung der traditionellen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit sei sorgfältig erwogen worden; es sei für sie wohl die leichtere Feststellbarkeit gegenüber der Wohnsitzanknüpfung, sowie ihre größere Beständigkeit von Bedeutung gewesen.¹⁾

Das neue portugiesische Zivilgesetzbuch vom 25.11.1966²⁾ enthält in den Artt. 49 - 55 Regeln bezüglich des internationalen Ehrechts. Durchweg wird auch hier an der Staatsangehörigkeitsanknüpfung festgehalten, nur in den "pathologischen Fällen" (zB Mehrstaater, Staatenlose, keine gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten) wird die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt gewählt.³⁾

Dieser knappe Überblick über die modernen Kollisionsentwürfe in Europa soll zeigen, daß der internationale Trend nicht auf die Ablösung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung hinausläuft, sondern daß die Staatsangehörigkeit in den traditionellen Staatsangehörigkeitsländern die grundsätzliche Anknüpfung darstellt, neben der allerdings in zunehmendem Maße die Wohnsitz- bzw. gewöhnliche Aufenthaltsanknüpfung in ihrer ergänzenden Funktion an Bedeutung gewinnt. Die Beibehaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung wird meist darauf gestützt, daß die Staatsangehörigkeit den Vorteil leichter Feststellbarkeit, der Kontinuität und der Rechtssicherheit zu eigen habe.⁴⁾

1) vgl. dazu Ferid, StAZ 69, S. 242, der diese Gründe allerdings nur vermutet.

2) dazu Neuhaus/Rau in RabelsZ 32 (1968) S. 500 - 512; Text S. 513; Neuhaus führt dort in seiner Kritik an, das Staatsangehörigkeitsprinzip sollte generell abgelöst werden durch die Anknüpfung an den "ständigen Aufenthalt", wobei die Staatsangehörigkeit allenfalls ein erstes Indiz für den "animus manendi" oder "revertendi" sein könne. aaO S. 508 oben.

3) vgl. auch Boschan, Europäisches Familienrecht S. 328 ff.

4) weitere ältere Kodifikationen mit Staatsangehörigkeitsprinzip bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 28, 31 ff vor Art. 13;

Zweites Kapitel

Der gewöhnliche Aufenthalt in rechtsgeschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Hinsicht.

§ 1 Der gewöhnliche Aufenthalt, Geschichte des Begriffes, Auslegung des Begriffes in der Gegenwart.

I. Allgemeines

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes im Kollisionsrecht ist fast so alt, wie das geltende deutsche IPR selbst. Zum ersten Mal fand er Eingang in das Haager Vormundschaftsabkommen von 1902¹⁾ ("résidence habituelle"); von der 6. Haager Privatrechtskonferenz von 1928 wurde er als Anknüpfung für Staatenlose empfohlen, und er tritt seit dem Zweiten Weltkrieg in steigendem Maße im gesamten Kollisionsrecht auf.

Wie sehr der Begriff an Bedeutung gewinnen mag, die Begriffskonturen sind bis in die Gegenwart nicht schärfer geworden. Francescakis nennt den Entwicklungsprozeß des gewöhnlichen Aufenthaltes "avatars"²⁾, und er scheint mit dieser Bezeichnung nicht unrecht zu haben: denn ob dieser Begriff jemals ein vollkommen klares Gepräge erhalten wird, ist im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht absehbar. Zwar ist der Begriff häufig umschrieben worden, als solcher ist er aber nach wie vor offen.

1) vgl. RGBI 1904, 240, 249;

2) Francescakis, Avatars S. 308: "On pourra parler d'avatars du domicile - du mot sanscrit 'avatara' nous apprend le dictionnaire étymologique, qui signifie incarnations successives d'une divinité."

Andererseits wird die Frage gestellt, ob eine strenge Festlegung dieses Begriffes überhaupt nützlich und erwünscht ist. Viele sehen gerade in der Offenheit des Begriffes eine Chance, eine nationale begriffliche Verengung zu verhindern und zu einem international anerkannten Begriff zu gelangen, der, wie die Staatsangehörigkeit, einen internationalen Entscheidungseinklang herbeizuführen vermag.¹⁾

So bezeichnet Dölle die Tatsache, daß der gewöhnliche Aufenthalt national nicht fixiert sei und einer internationalen Interpretation offen sei, als Vorteil.²⁾

1) vgl. zB Dölle, IPR S. 63, Neuhaus, Grundbegriffe S. 152;

2) vgl. Dölle, IPR S. 63; ders., RabelsZ 17 (1952) S. 203; auch Neuhaus, Grundbegriffe S. 152;

II. Der gewöhnliche Aufenthalt in früheren internationalen Abkommen, Vorschlägen und Resolutionen.

Der gewöhnliche Aufenthalt tritt bereits in den Haager Abkommen von 1902 und 1905 auf.

1. Das Vormundschaftsabkommen vom 12.6.1902¹⁾

Das Haager Vormundschaftsabkommen knüpft zwar im Grundsatz an das Heimatrecht des Mündels an, wo es um die Frage des anwendbaren Rechts (Art. 1 und 5) für die Vormundschaft geht. Bleibt der Heimatstaat des Mündels aber untätig, so kann im Staate des gewöhnlichen Aufenthaltes nach Ortsrecht die Vormundschaft angeordnet und durchgeführt werden, Art. 3. Doch kann der Heimatstaat nachträglich Fürsorgemaßnahmen ergreifen; dann endet die im Aufenthaltsstaat angeordnete Vormundschaft nach dessen Recht, Art. 4. Demnach hat die "résidence habituelle" (gewöhnlicher Aufenthalt) nur subsidiäre Bedeutung.²⁾

Leitgedanke für die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt war: Die Konvention sollte eine sachliche und örtliche Konzentration des Vermögens- und der persönlichen Fürsorgepflicht gegenüber dem Minderjährigen herbeiführen, um dem Minderjährigen schnellen und umfassenden Schutz zukommen zu lassen.

Daß nicht der Wohnsitz, sondern der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfung gewählt wurde, war auf den Gedanken zurückzuführen,

1) vgl. RGBI 1904, 240, 249; dazu auch Kegel, IPR S. 393; Meili-Mamelok, Haager Konventionen S. 257; Text abgedruckt S. 385;

2) Zum ganzen näher, mit Hinweisen auf die Materialien: Meili-Mamelok, aaO S. 289 (§ 55, 57) ff; auch Papenfuß, der auf Meili-Mamelok ebenfalls Bezug nimmt, Gewöhnlicher Aufenthalt S. 30;

daß der Rechtsbegriff "Wohnsitz" wegen der Unterschiedlichkeit seiner Ausgestaltung von Land zu Land und wegen der damit verbundenen Gefahr eines Zirkelschlusses vermieden werden mußte.¹⁾ Unterschied sich doch der anglo-amerikanische "domicil"-Begriff in erheblichem Maße von den kontinentalen Wohnsitzbegriffen. Es kam ferner dazu, daß gerade auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts die wohnsitzrechtliche Abhängigkeit der Minderjährigen ("personae conjunctae") bei der Regelung der Vormundschaft und der Entmündigung völlig ungeeignet war - insbesondere, wenn der Heimatstaat untätig blieb - und dem Zweck des Abkommens zuwidergelaufen wäre.

2. Das Entmündigungsabkommen vom 17.7.1905²⁾

Das Haager Entmündigungsabkommen geht einen vergleichbaren Weg: Hilfszuständigkeit und anwendbares Recht hängen - als Ausnahme vom lex-patria-Grundsatz - vom gewöhnlichen Aufenthalt des zu Entmündigenden ab, Artt. 3, 6. Hierbei muß allerdings das Heimatrecht kumulativ neben dem gewöhnlichen Aufenthaltsrecht angewendet werden, wobei der Grundsatz des "Schwächeren Rechts" zur Anwendung kam.

Hinsichtlich der Wahl des gewöhnlichen Aufenthaltes wurden Motive herangezogen, wie sie bereits beim Vormundschaftsabkommen erörtert und gebilligt wurden.

3. Die 6. Haager Privatrechtskonferenz

Die eigentliche Durchbrechung der starren Staatsangehörigkeitsanknüpfung im Kollisionsrecht vollzog sich aber erst

1) Meili-Mamelok, aaO S. 258, 295;

2) vgl. RGBI 1924 II, 368; deutscher Text bei Meili-Mamelok, aaO S. 397; ebenfalls bei Soergel-Kegel, Bem. 16 zu Art. 8;

seit der 6. Haager Privatrechtskonferenz,¹⁾ die sich mit dem Problem der Staatenlosen zu befassen hatte. Bei Staatenlosen hatte sich nämlich, wie bei den Mehrstaatern, die Staatsangehörigkeitsanknüpfung als ungeeignet erwiesen, die Probleme auf dem Gebiet der Eheschließung, der Ehwirkungen und der Ehescheidung befriedigend zu lösen. Daher wurde nach eingehender Beratung der Vorschlag des Redaktionskomitees angenommen, wonach der gewöhnliche Aufenthalt bei Staatenlosen immer, bei Mehrstaatern dann entscheiden sollte, wenn er gleichzeitig mit einer der Staatsangehörigkeiten übereinstimmte. Von jetzt ab wurde - obwohl dies im Vormundschaftsabkommen von 1902 schon angeklungen war - die "rein faktische Natur" des gewöhnlichen Aufenthaltes hervorgehoben: Er decke sich nicht mit dem Wohnsitz, sondern sei viel weiter zu fassen.²⁾ Bei dem faktischen Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes würden Qualifikationsschwierigkeiten, wie sie bei dem Rechtsbegriff des "Wohnsitzes" aufträten, vermieden werden.

4. Andere internationale Abkommen und Resolutionen

Auch andere internationale Gremien wählten den gewöhnlichen Aufenthalt entweder als allein maßgeblich, als verstärkende oder als nur subsidiäre Anknüpfung.

a) So erklärt das Genfer Übereinkommen vom 30.6.1928³⁾ für

-
- 1) vgl. dazu: Volkmar, JW 1928, S. 857; Auf ihn nimmt auch Papenfuß aaO S. 32 ff Bezug.
 - 2) Ferner Actes, 6. Sess. 1928 S. 51: Die deutsche Regierung schlägt bei Staatenlosen vor: "séjour habituelle", bei Mehrstaatern dagegen die "résidence habituelle", falls diese zugleich im Heimatstaat liegt. Vgl. ferner Actes aaO S. 110 ff; 128 ff; 135 - 140; 162 ff;
 - 3) vgl. Hinweise bei Papenfuß, gewöhnlicher Aufenthalt S. 50; dem schließt sich inhaltlich das Genfer Abkommen vom 28.10.33 an. Dieser Gedanke findet sich dann wieder in Art. 12 I des Genfer Flüchtlingsabkommens vom 28.7.51. Zur Auslegung des Begriffes "domicile" vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 146 vor Art. 13; das diesem Abkommen entsprechende AHKG Nr. 23 knüpft an den gewöhnlichen Aufenthalt an!

die russischen und armenischen Flüchtlinge und für die ihnen gleichgestellten Gruppen die Anknüpfung an den Wohnsitz oder hilfsweise an den gewöhnlichen Aufenthalt im Bereich des Personalstatutes für maßgeblich. Der Grund für die Ablehnung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung war: Eine Bindung zu dem Staat besteht dann nicht mehr, wenn er für den Bürger kein Schutz, sondern nur noch Gefahr bedeutet.

b) Während die Resolution von Oxford vom 7.9.1880¹⁾ in Art. 6 II die Geschäftsfähigkeit einer Person mit unbekannter Staatsangehörigkeit nach dem "domicil-"Recht beurteilte, hat die Resolution von Oslo vom 22.8.1932²⁾ die Geschäftsfähigkeit von minderjährigen Personen (u.a.) mit mehreren Staatsangehörigkeiten an das Recht des Ortes "de leur résidence habituelle et principale" geknüpft. Eine Weiterführung dieses Gedankens erfolgte in der Resolution von Brüssel vom 24.4.1936³⁾, wo man in Ermangelung innerstaatlicher und internationaler Bestimmungen ein allgemeingültiges Recht für Staatenlose und Flüchtlinge herbeiführen wollte. Der gewöhnliche Aufenthalt sollte subsidiär nach der letzten (gemeinsamen) Staatsangehörigkeit und nach dem jetzigen Domizil zur Anwendung kommen.

1) vgl. Ann. Inst. dr. int. 5 (1881 - 1882), 41 ff (57);

2) vgl. Institut de Droit International, Ann. Inst. dr. int. 37 (1932), 186 ff, S. 425 - 478; 566 - 567; vgl. dazu auch Braga, Wohnsitz S. 20;

3) vgl. Ann. Inst. dr. int. 39 II (1936), 91 - 174, 292 - 299;

III. Der gewöhnliche Aufenthalt im deutschen Recht: Rückblick und Gegenwart.

Der gewöhnliche Aufenthalt erscheint im innerstaatlichen Recht sowohl im materiellen, wie im kollisionsrechtlichen und prozessualen Bereich. Es ist daher von besonderem Interesse, ob in allen Bereichen ein allgemeingültiger gewöhnlicher Aufenthaltsbegriff Platz greift, oder ob - je nach der Materie - ein funktioneller und jeweils andersartiger Begriff angenommen werden muß.¹⁾

1. Materielles Recht

Nachdem der gewöhnliche Aufenthalt seit dem Jahre 1870 in verschiedenen Gesetzen zur Anwendung gekommen war²⁾, gab die RAO vom 22.5.1931³⁾ in § 73 a IV nF iVm § 81 eine Legaldefinition⁴⁾, die später durch § 14 I, 1 StAnpG vom 16.10.1934 abgeändert wurde: "Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des Steuergesetzes hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, daß er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend weilt."

-
- 1) Mit diesem Problem befasst sich Papenfuß, gewöhnlicher Aufenthalt S. 41 - 139. Papenfuß stellt den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes innerhalb der einzelnen materiellen Rechtsgebiete dem gewöhnlichen Aufenthalt im Bereich des Kollisionsrechts gegenüber. Mit der Frage der Verwendbarkeit des allgemeinen gewöhnlichen Aufenthalts-Begriffes befassen sich ferner Mann, JZ 1957, 466 - 470; ferner Stoll, RabelsZ 22 (1957), 187 ff; Nagel, RabelsZ 22 (1957), 183 ff;
 - 2) vgl. zB. § 10 des UnterstützungswohnsitzG v. 6.6.1870, RGBl 1908, 381; weitere Gesetze, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen bei Papenfuß, aaO S. 172 (Anhang).
 - 3) vgl. RGBl I S. 925;
 - 4) vgl. RGBl 1931, I, 735: "Einen gewöhnlichen Aufenthalt oder dauernden Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die auf die Absicht schließen lassen, an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend zu verweilen."

Zuvor hatte das Reichsgericht in der Entscheidung vom 20.11.17¹⁾ zu § 6 II ErbschStG vom 9.6.06 hinsichtlich der Frage des gewöhnlichen Aufenthaltes gerade in diesem Sinne entschieden, so daß gegenüber der früheren Legaldefinition²⁾ die Alternativbestimmung des dauernden Aufenthaltes fehlt; ferner wurde auf die Absicht verzichtet, nicht nur vorübergehend an diesem Ort zu verweilen. Großes Gewicht liegt auf den objektiven Merkmalen, nämlich auf dem Zeitmoment: auf der Tatsache des nicht nur vorübergehenden Verweilens von gewisser Dauer und Regelmäßigkeit.

Diese Definition wurde, wie Papenfuß in seiner Untersuchung nachweist, in die verschiedenen Rechtsgebiete übernommen, wobei aber, je nach Sinn und Zweck der einzelnen Gesetze,

-
- 1) vgl. RGZ 91, 287. Das Reichsgericht führte aus: der gewöhnliche Aufenthalt liege zwischen dem Wohnsitz und dem schlichten Aufenthalt. Zur Annahme eines gewöhnlichen Aufenthaltes in diesem Sinne reiche es aus, wenn die bloße Tatsache eines nicht nur vorübergehenden Verweilens, eines Verweilens von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit vorliege. Eine Absicht, für einige Zeit den Mittelpunkt der Lebenshaltung an dem Ort des Aufenthaltes zu begründen, wird vom Gericht verworfen.
Vgl. dazu auch Papenfuß, aaO S. 76; Lauterbach ist der Lehre des Reichsgerichts später gefolgt und stellt vorwiegend auf die objektiven Verhältnisse eines dauerhaften Aufenthaltes ab. Vgl. Lauterbach zu einer Entscheidung des Reichsgerichts zu § 606 ZPO in DR 1942, S. 535;
- 2) Vgl. RGBI 1931 I, 735; "Einen gewöhnlichen Aufenthalt oder dauernden Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die auf die Absicht schließen lassen, an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend zu verweilen".

auf die einzelnen Begriffsmerkmale verschieden starkes Gewicht gelegt wurde. So hat Papenfuß¹⁾ - im Gegensatz zu Mann²⁾ und in Übereinstimmung mit Stoll³⁾ gezeigt, daß, wo der gewöhnliche Aufenthalt auf materiellem Gebiet vorkommt, keinesfalls von einem überall gleich auszulegenden, allgemeinen Begriff die Rede sein kann.

Dennoch läßt sich - wie der Untersuchung von Papenfuß zu entnehmen ist - ein mehr oder weniger abänderungsfähiges "Begriffsgerippe" erkennen. Zunächst wird die tatsächliche körperliche Anwesenheit an einem Ort gefordert, die nicht nur vorübergehend bestehen darf.

1) Vgl. Papenfuß, aaO S. 136 ff;

2) Vgl. Mann, JZ 56, 466 ff, der allerdings den objektivierten, allgemeinen Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes im materiellen Recht nicht auf das Kollisionsrecht übertragen will, sondern dort einen dem Wohnsitz iS des § 7 BGB angeglichenen Begriff verwenden will (aaO S. 469).

3) vgl. Stoll, RabelsZ 22 (1957) S. 187;

Einzelne Unterbrechungen schaden nicht. Aber dieser Aufenthalt muß von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit sein. In einzelnen Materien genügt die bei Beginn des Aufenthaltes vorliegende Absicht, auf Dauer an dem Aufenthaltsort zu bleiben. Fristen werden nicht verlangt, doch wird teilweise ein Zeitraum von 6 Monaten als Richtlinie angesehen. Subjektiv wird die Absicht verlangt, den Aufenthaltsort auf Dauer beizubehalten. Sie muß sich aus den objektiven Umständen des Einzelfalles ergeben. Generell könne aber eine Abgrenzung zwischen "vorübergehend" und "gewöhnlich" nicht vorgenommen werden.

Die räumliche Begrenzung bezieht sich je nach Materie auf einen Verwaltungssprengel oder einen Gerichtsbezirk oder gar auf den Geltungsbereich eines Gesetzes. Auch die Frage des mehrfachen gewöhnlichen Aufenthaltes wird je nach Materie verschieden beantwortet.¹⁾

Ebenso ist es mit der Frage des Lebensmittelpunktes. Während beispielsweise im Steuerrecht oder im Bundesentschädigungsgesetz²⁾ die tatsächliche Anwesenheit ausreicht, die durch eine gewisse zeitliche Dauer qualifiziert ist, wird im Fürsorge- oder Verfahrensrecht (vgl. § 606 b ZPO) zusätzlich das Bestehen des Lebensmittelpunktes verlangt.³⁾ Grundsätzlich könne man sagen: dort wo der gewöhnliche Aufenthalt nur subsidiär neben den Wohnsitz trete, sei die Forderung des Lebensmittelpunktes nicht gerechtfertigt.⁴⁾

1) So wird zB bei § 606 ZPO ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt überwiegend bejaht, (Vgl. zB Stein-Jonas, Bem. II, 1 zu § 606 ZPO); im Steuerrecht je nach Zweck des Gesetzes, vgl. Papenfuß, aaO S. 137;

2) vgl. Papenfuß, aaO S. 102;

3) vgl. Papenfuß, aaO S. 103; auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 104 zu § 606 b ZPO iVm Bem. 106 - 110 vor Art. 13;

4) vgl. Papenfuß, aaO S. 103 mit weiteren Hinweisen.

Auch die Frage der Freiwilligkeit der Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes wird in den verschiedenen Materien verschieden beantwortet. Im Fürsorgerecht werde ein unfreiwilliger Aufenthalt nicht als gewöhnlicher Aufenthalt gewertet, dagegen liege er trotz Unfreiwilligkeit im Bereich des Jugendwohlfahrtsrechtes vor.¹⁾

Dieser Überblick zeigt, daß sich ein allgemeines "Gerippe" für den gewöhnlichen Aufenthalt erkennen läßt; daß aber der Begriff im einzelnen Gesetz je nach Funktion abgewandelt wird.

2. Kollisionsrecht

Auch dort, wo der gewöhnliche Aufenthalt im Kollisionsrecht vorkommt, stellt sich die Frage, ob er hier eine autonome und selbständige Bedeutung hat, oder ob der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes zu übernehmen ist, wie er im materiellen oder prozessualen Recht ausgestaltet ist. Auch hier sind die Ansichten geteilt.²⁾

a) Funktion des gewöhnlichen Aufenthaltes bei Art. 29 EGBGB n.F.

Art. 29 EGBGB knüpft das Personalstatut der Staatenlosen an den gewöhnlichen Aufenthalt, hilfsweise an den schlichten Aufenthalt an. Für die Wahl dieser Anknüpfung war maßgebend, daß Staatenlose, die schon seit Jahren, vielleicht Jahrzehnten außerhalb ihres früheren Heimatlandes lebten, oder von diesem ausgebürgert worden sind, oder einem Staat angehört haben, der

1) vgl. Papenfuß, aaO S. 118 f;

2) vgl. zu diesem Problem: zB Staud.-Gamillscheg, Bem. 106-110 vor Art. 13; Mann, JZ 56, 466 ff; Stoll, RabelsZ 22 (1957) S. 187; Nagel, RabelsZ 22 (1957) S. 183 f; Kegel, IPR S. 187; Soergel-Kegel, Bem. 12 ff zu Art. 29; Palandt/Lauterbach, Bem. 2 zu Art. 29;

nicht mehr besteht, und für den sich der an seine Stelle tretende Staat nicht als Nachfolger betrachtet, daß diese Staatenlosen mit dem Recht desjenigen Landes verknüpft seien, wo ihr persönlicher und wirtschaftlicher Schwerpunkt ist.¹⁾ Daneben verfolgte man den Zweck, daß durch Verwendung des gewöhnlichen Aufenthaltes - wie es bereits die 6. Haager Privatrechtskonferenz vorgeschlagen hatte - die begrifflichen Schwierigkeiten der Wohnsitzanknüpfung umgangen werden könnten.

b) Auslegung des kollisionsrechtlichen gewöhnlichen Aufenthaltes

Der gewöhnliche Aufenthalt wird als Anknüpfungsbegriff im IPR nach wohl hM ebenso verstanden wie im IZPR.²⁾ Dabei be- ruht sich die gegenwärtige Rechtsprechung und Literatur auf die Entscheidung RGZ 91, 288 und auf die Legaldefinition des § 14 I, 1 des SteuerAnpG vom 16.10.1934, also auf Quellen, die schon als Richtlinie für die Auslegung des Begriffes im materiellen Recht herangezogen wurden.^{3) 4)}

1) Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 126 ff vor Art. 13; ferner Papenfuß, aaO S. 46; Stoll, RabelsZ 22 (1957) S. 189 weist darauf hin, daß nicht so sehr die Tatsache, daß die 6. Haager Privatrechtskonferenz an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfte, um den Begriff des Wohnsitzes zu vermeiden, den Ausschlag für die Übernahme des gewöhnlichen Aufenthaltes in das IPR gegeben hat, sondern wohl die Erkenntnis, daß bei Staatenlosen dasjenige Recht herangezogen werden müsse, in dem der Staatenlose in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht seinen Schwerpunkt hat. Vgl. auch die amtliche Begründung des Art. 7 § 25 des FamRÄndG vom 14.4.38 in DJ 1938 I, S. 619 (624);

2) vgl. dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 104 zu § 606 b ZPO unter Hinweis auf Bem. 106 - 110 vor Art. 13 EGBGB;

3) auf die Legaldefinition des § 14 I, 1 verweist Kegel, IPR S. 186;

4) Staud.-Gamillscheg, Bem. 106 vor Art. 13: "Wo in einer inländischen Verweisungs- oder Zuständigkeitsnorm auf den gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt wird ..."

Der gewöhnliche Aufenthalt sei kein Rechtsbegriff wie der Wohnsitz (§ 7 BGB), sondern er sei ein über den einfachen Aufenthalt hinausgehendes Faktum.¹⁾ Kegel²⁾ bezeichnet den gewöhnlichen Aufenthalt als "faktischen Wohnsitz", Wolff³⁾ ist sogar der Ansicht, der gewöhnliche Aufenthalt sei ein reiner Tatsachenbegriff.

Allgemein werden folgende Merkmale als Voraussetzung für das Vorliegen eines gewöhnlichen Aufenthaltes angenommen: Die Person muß an einem Ort körperlich anwesend sein; dieser Aufenthalt darf nicht nur vorübergehend sein, sondern er muß von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit sein.⁴⁾ Hierbei ist zu fordern, daß der Aufenthalt entweder schon längere Zeit gedauert hat oder nach den Umständen längere Zeit dauern wird.⁵⁾ Nach überwiegender Ansicht muß hinzukommen, daß die Person an dem Aufenthaltsort ihren Daseinsmittelpunkt, dh. den Schwerpunkt ihrer Lebensinteressen hat.⁶⁾ Auf den Willen, an dem Aufenthaltsort den Daseinsmittelpunkt zu begründen, kommt es nicht an; es genügt, daß der Daseinsmittelpunkt dort liegt. Zeitweilige Abwesenheit schadet nicht, nur muß die Absicht und die Aussicht bestehen, an den früheren Aufenthaltsort zurückzukehren. Es gibt auch

1) vgl. Papenfuß, aaO S. 71;

2) vgl. Kegel, IPR S. 185;

3) vgl. Wolff, IPR S. 92;

4) vgl. zB Palandt/Lauterbach, Bem. 2 zu Art. 29; aber auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 107 vor Art. 13 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung;

5) so Staud.-Gamillscheg, Bem. 107 vor Art. 13 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

6) so Kegel, IPR S. 185; Soergel-Kegel, Bem. 12 ff zu Art. 29; Papenfuß, aaO S. 74 mit weiteren Hinweisen; Staud.-Gamillscheg, Bem. 107 vor Art. 13;

keinen gesetzlichen gewöhnlichen Aufenthalt abhängiger Personen.¹⁾ Ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt wird zwar für möglich gehalten; nur "wird (ihn) selten jemand haben".²⁾ Zur Frage des Daseinsmittelpunktes gibt Kegel³⁾ die erläuternde Bemerkung, daß man von einem Daseinsmittelpunkt nicht sprechen könne, wenn Bewegungsfreiheit fehle.

c) Abweichende Begriffsbildung in der Literatur

Die Ansicht der hM zur Begriffsbildung des gewöhnlichen Aufenthaltes ist in der Literatur nicht ohne Widerspruch geblieben. Einige Autoren haben eigene Vorstellungen entwickelt.⁴⁾

aa) Ansicht Bragas

Braga schlägt die Bildung eines autonomen, funktionsbedingten internationalprivatrechtlichen Wohnsitzbegriffes vor,⁵⁾ der aber keinesfalls durch eine zusätzliche Kollisionsnorm (sog. "Hilfsnormtheorie") definiert werden dürfe.

Bei der Umschreibung des gewöhnlichen Aufenthaltes weisen zwei Merkmale besondere Bedeutung auf: Wohnsitzfläche sei der territoriale Geltungsbereich einer einheitlichen Rechtsordnung; zum anderen drücke der IPR- Wohnsitz eine internationalprivatrechtliche Beziehung zwischen Mensch und territorialer Rechtsordnung aus. Hinter dieser Beziehung stehe die lebendige

1) vgl. Kegel, IPR S. 185 f; Allerdings wird - zwar kein rechtsgeschäftlicher - aber doch ein natürlicher Wille gefordert werden müssen. Vgl. Papenfuß, aaO S. 75;

2) vgl. Palandt/Lauterbach, Bem. 2 zu Art. 29; insofern kein rechtlicher Unterschied zu § 7 II BGB.

3) vgl. Kegel, IPR S. 186;

4) vgl. Braga, Wohnsitz S. 65 ff; im Anschluß an Neuner, Anknüpfung S. 90 f (eigener funktionsbedingter Wohnsitzbegriff); Papenfuß, gewöhnlicher Aufenthalt S. 162 ff; Kropholler, Minderjährigenschutzabkommen S. 108 ff; de Winter, Nationality S. 429 ff (435 f);

5) vgl. Braga, aaO S. 65, ders., RabelsZ 18 (1953) S. 239 ff;

Beziehung des Menschen zu seiner Umwelt, zur Gesellschaft als dem Träger der territorialen Rechtsordnung. Diese lebendige Beziehung drücke sich aber in dem "Mittelpunkt des Lebens eines Menschen" aus. Dieser Mittelpunkt sei nicht rein territorial zu fassen, sondern er beinhalte auch gesellschaftliche, dh kulturelle, politische, wirtschaftliche und persönliche Beziehungen des Menschen zu einer Rechtsgemeinschaft. Im einzelnen könnten wirtschaftlicher Schwerpunkt, familiäre Bindungen, Aufenthalt, Innehabung einer Wohnung, Ausübung des Berufs, persönliche Einstellung und sogar die Staatsangehörigkeit, die Aufenthaltsgenehmigung usw. eine Rolle spielen. Wegen dieses absoluten Lebensmittelpunktes sei ein mehrfacher Wohnsitz grundsätzlich für das IPR abzulehnen.¹⁾ Ebenfalls sei ein gesetzlicher IPR-Wohnsitz überflüssig.²⁾

bb) Ansicht Neuhaus'.

Neuhaus empfiehlt für eine künftige Anknüpfungsregelung im internationalen Ehe- und Familienrecht die Anknüpfung an einen Wohnsitz, der dem angelsächsischen domicile anknüpft. Neuhaus will eine mittlere Linie zwischen dem Staatsangehörigkeitsprinzip und dem kontinentalen Wohnsitzprinzip einschlagen. Bei Neuhaus fällt weniger die enge Verbundenheit mit der sozialen Umwelt ins Gewicht, als vielmehr der Wille der Person, mit einer Rechtsordnung verbunden zu sein. Daher lehnt Neuhaus den Begriff der "Gewöhnung" ab und empfiehlt statt dessen, man solle auf den Bleibe- oder Rückkehrwillen der Person abstellen. Nur wo jemand im Ausland den Rückkehrwillen in die Heimat habe, solle das Heimat-

1) vgl. aaO S. 66;

2) vgl. aaO S. 67; Papenfuß fügt dem den Satz des RG 91, 288 hinzu, wonach der Aufenthalt nicht nur vorübergehend und von gewisser Dauer und Regelmäßigkeit sein müsse. Auch werde der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen gefordert. Bei der Begründung des Daseinsmittelpunktes sei ein natürlicher Wille erforderlich (Parteiinteresse). Papenfuß, gewöhnlicher Aufenthalt, S. 166.

recht angewendet werden, andernfalls werde das Aufenthaltsrecht angewendet (ständiger Aufenthalt). Der Rückkehrwille müsse, da grundsätzlich der Bleibewille vermutet werde, eindeutig nachgewiesen werden. Hierbei könne die Staatsangehörigkeit als erstes Indiz des animus manendi dienen.¹⁾

1) vgl. Neuhaus, RabelsZ 20 (1955) S. 52 ff; 60; ferner ders. Grundbegriffe S. 161 - 166; ders. in RabelsZ 32 (1968) S. 508;

§ 2 Bedeutung und Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes in
rechtsvergleichender Sicht, entsprechende Begriffe

Im Folgenden soll untersucht werden, in welchen Ländern der gewöhnliche Aufenthalt (oder ein entsprechender Begriff) bereits *de lege lata*¹⁾ zur Anwendung gekommen ist, und welche Bedeutung ihm im Verhältnis zu anderen Anknüpfungen zukommt. Zudem soll versucht werden zu erfahren, ob sich aus der Gesamtschau der Begriffsbildungen heraus gemeinsame Begriffsmerkmale ausfindig machen lassen. Etwaige Ergebnisse sollen dann bei der Begriffsbildung für das inländische Recht herangezogen werden. Diese Methode dürfte sich daraus ergeben, daß in der Gegenwart häufig davon gesprochen wird, für das Kollisionsrecht selbständige, funktionelle und zudem international fundierte (internationalisierungsfähige) Kollisionsrechtsbegriffe zu erstellen.²⁾

Die Untersuchung wird sich im wesentlichen auf die Länder Mitteleuropas konzentrieren, aber auch ein Blick in das amerikanische Kollisionsrecht wird eine nützliche Informationshilfe sein, die einer Begriffsbildung zugute kommen kann.

I. Frankreich

In Frankreich knüpft die Rechtsprechung seit der Entscheidung "Tarwid"³⁾ - die ihrerseits auf das berühmte Urteil "Rivière" zurückgeht -, die persönlichen Ehwirkungen und die Ehescheidung an das "domicile commun" der Ehegatten an, wenn sie verschiedene Staatsangehörigkeiten haben. Dieser Begriff scheint jedoch noch keine eindeutige und klare Begriffsstruktur zu haben, so daß zu vielen Fragen Anlaß besteht.

1) Es werden ebenfalls Vorschläge *de lege ferenda* behandelt.

2) vgl. zB Rabel, Qualifikation S. 244; Neuner, Anknüpfung S. 90; Braga, Wohnsitz S. 64 ff; ders., Kodifikationsgrundsätze S. 428 ff; 439; Neuhaus, Grundbegriffe S. 152;

3) vgl. auch die Hinweise S. 148 FN 1;

Das "domicile commun" ist schon begrifflich nicht einheitlich. So treten an seine Stelle in der Entscheidung "Tarwid" Begriffe wie: "résidence habituelle",¹⁾ "résidence effective", "établissement effectif", "habitation" und "intégration au milieu social", die aber alle offensichtlich ein und denselben Begriffskern bezeichnen wollen: die tatsächliche Verbundenheit mit der Gesellschaft, in der die Ehegatten leben.

So geht die Rechtsprechung, aber auch große Teile der Literatur davon aus, daß das "domicile commun" der Ehegatten keinesfalls identisch sei mit dem "domicile" der Artt. 102 ff (108) C.civ. Einmal sei der Bereich des domicile commun räumlich weiter: er beziehe sich auf den gesamten Geltungsbereich des Code civil. Zum anderen solle gerade die wohnsitzrechtliche Abhängigkeit der Frau vom Mann verhindert werden, und das Willensmoment solle ganz außer Betracht bleiben.²⁾ Diese besondere Konzeption des Wohnsitzbegriffes sei notwendig für eine autonome und funktionelle kollisionsrechtliche Anknüpfung.³⁾

1) Zu dem Begriff der résidence habituelle gibt bereits Niboyet nähere Einzelheiten: (vgl. Cours, Nr. 244 ff, 253); die résidence habituelle entspreche im wesentlichen ("essentiellement") dem Begriff des "domicile de fait" im Gegensatz zum "domicile de droit", der nur durch besonderen behördlichen Akt erlangt werden konnte. (vgl. dazu Fall "Forgo", näheres mit Hinweisen bei Kegel, IPR S. 140, wo zwar nicht das damals notwendige "domicile de droit", sondern nur das "domicile de fait" vorgelegen hatte). Niboyet grenzt folgendermaßen ab: "le domicile de fait, c'est la résidence habituelle ... c'est donc un tout autre concept que le domicile ... Ce n'est pas une notion de simple fait, car il y a une notion iuridique de la résidence habituelle, qui a sa particularité".

2) "la notion de domicile commun est une donnée de pur fait". Vgl. dazu J.C.P. dr. int. Bd. V, Fasc. 510 Nr. 7 ff; ferner 220 Bd. VI, Fasc. 547 B Nr. 44-60; ferner Dalloz, Répertoire S. 639 Nr. 23 ff (Malaury). Hier auch weitere Hinweise.

3) so insb. Francescakis, Avatars S. 291 ff, 309, 310, der in diesem Zusammenhang von einem "domicile international" iG zu dem "domicile interne" spricht.

Im einzelnen wird gefordert, daß der Begriff nur aus objektiven Merkmalen bestehen dürfe, bei dem allenfalls ein natürlicher Wille zu berücksichtigen sei. An objektiven Merkmalen sei einmal die tatsächliche körperliche Anwesenheit der Person und eine gewisse Dauer des Aufenthaltes erforderlich. Dazu komme aber vor allem die "intégration au milieu social", die Eingliederung in die soziale Umwelt,^{1) 2)} deren Intensität von Fall zu Fall beurteilt werden müsse. Einen abhängigen Wohnsitz gebe es nicht; der Wille, an einem Ort sein " 'home' permanent" zu errichten, werde nicht gefordert.

Der Cour d'appel de Paris vom 26.1.1965³⁾ hat sich mit dem Begriff des "domicile commun" auseinandergesetzt. Er führt aus: "... le domicile commun, envisagé sous l'angle non d'une abstraction juridique, mais d'une intégration réelle

1) so Francescakis, aaO S. 309; er bringt bewußt den Begriff "home" in die Diskussion.

2) Vgl. Poisson, Ned.T.Int.R. 19 (1972), 246 ff. Zum Ehe Wohnsitz heißt es ("l'enracinement du foyer familial")

3) vgl. Rev. crit. 54 (1965), 359 ff;

à un même milieu par un établissement effectif dans un même pays".¹⁾

Das Gericht hebt ausdrücklich hervor, wann ein gemeinsamer Ehegattenwohnsitz beendet und zugleich ein neuer einzelner Wohnsitz errichtet sei: Wenn "ils habitent séparément des pays différents, dans lesquels ils se sont (...) fixés à demeure". Bei dem neuen Wohnsitz müsse es sich um "un véritable établissement dont la réalité, la stabilité et la durée confèraient un caractère sérieux et objectif à la séparation de fait intervenue" handeln. Insgesamt müsse man auf die Gesamtwürdigung des Einzelfalls abstellen.²⁾

1) vgl. Francescakis, in: J.Cl. Droit Int., Bd. VI, Fasc. 547 B Nr. 57 will im Gegensatz zur "résidence habituelle" lieber von "habitation" reden: "La formule 'habiter un pays' ..., se présenterait alors comme à la fois plus souple et plus exigeante que celle d'avoir 'sa résidence habituelle dans un pays'. Plus souple, parce qu'elle ferait abstraction du caractère 'habituel' de la résidence, plus exigeante, parce qu'elle impliquerait une discussion possible sur le degré d'intégration dans le 'milieu local', soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond".

2) Dazu sagt Francescakis spaßhaft: (Avatars S. 308)
"Le domicile serait alors véritablement comme le Dieu Protée de mes ancêtres, qui changeait de forme, quand on le pressait de questions!"

II. Anglo-amerikanisches Recht

1. Englisches Recht

Das englische "domicil of origin" - und "domicil of choice" - System ist als umfassende Zuständigkeitsregelung im innerstaatlichen wie im zwischenstaatlichen Bereich von beachtlicher Festigkeit. Wegen der schweren Nachweisbarkeit des Bleibewillens (und des Willens, nicht mehr zurückzukehren)¹⁾ hat sich die kollisionsrechtliche Anknüpfung an das "domicil of origin" als sehr stabil erwiesen, teilweise stabiler als die an die Staatsangehörigkeit. Für die Weitergeltung eines sog. "Ursprungsdomiciles" besteht eine äußerst große Vermutung; selbst wenn ein Wahldomicil erworben ist, wirkt es latent fort.²⁾ Diese Tatsache mag erhellen, warum sich die englische Kollisionsrechtstradition neuen Ideen nur zögernd öffnet.

Gegenwärtig wird aber auch in England die Neigung sichtbar, diesen strengen Domicil-Begriff als Zuständigkeitsanknüpfung in Fragen des persönlichen Rechts aufzugeben, um sich dem amerikanischen System zu nähern; das stark im Vordergrund stehende Willenselement abzubauen³⁾ und mehr auf das objektive Element des Aufenthaltes abzustellen.⁴⁾

1) Vgl. Henrich, Domicilbegriff 467;

2) Daher ist im Zusammenhang mit der englischen Doktrin "of revival of the domicil of Origin" (im Gegensatz zum amerikanischen Prinzip der "doctrine of continuance of domicil") öfters bemerkt worden, daß das englische System stärker an dem Heimatrechtsprinzip festhält als das kontinentale Staatsangehörigkeitsprinzip, da man ja die Staatsangehörigkeit durch Naturalisation wechseln könne, das Ursprungsdomizil aber immer mit der Person verbunden sei. Vgl. zB Schmitthoff, Prinzipiengestaltung S. 85 ff; auch Mößlang, Wohnsitz S. 76 ff;

3) so zB Schmitthoff, Prinzipiengestaltung S. 86 f; dagegen spricht Cheshire, Actes I, 7. Sess. 1951, S. 228 davon, daß sich eine Annäherung an das kontinentale System der "résidence habituelle" vollziehe.

4) Dieser Wandel wird sichtbar im 1. Bericht des engl. Ausschusses für intern. Privatrecht v. 1954 und in den Entwürfen des "Domicil-Bill" 1958 § 7 und "Domicil-Bill" 1959 § 2, die aber vom Parlament nicht angenommen wurden. Man machte darauf aufmerksam, daß ein Wandel beim Anknüpfungsbegriff nicht erwünscht sei, da eine der Staatsangehörigkeit entsprechende dauerhafte Anknüpfung erforderlich sei. Es sollten nur die extremsten Mängel des gegenwärtigen Systems beseitigt werden.

Die englischen Steuer- und Devisengesetze knüpfen nicht mehr an das "domicil", sondern an die "residence" an.¹⁾ Es komme auf die einfach feststellbaren tatsächlichen Verhältnisse an.²⁾ Ferner läßt der "Matrimonial Causes Act" v. 1950 (S. 18 (I) (b)) und der "Matrimonial Causes Act" v. 1965 (S. 40 (I) (b))³⁾ die Ehescheidungszuständigkeit englischer Gerichte von einem dreijährigen Aufenthalt in England abhängen ("ordinarily resident"), auch wenn der Ehemann im Ausland domiziliert ist. Hiermit ist die Abhängigkeit des Wohnsitzes der Frau von dem des Mannes aufgehoben. Ein weiteres Beispiel für das Abgehen vom traditionellen Anknüpfungssystem sind die "Adoption Actes" v. 1958 - 1965.⁴⁾ Englische Adoptionszuständigkeit ist gegeben, wenn die Annehmenden in England domiziliert sind, und zugleich Annehmender und Kind in England Aufenthalt ("residence") haben. Domicil des Kindes und der natürlichen Eltern spielen keine Rolle. Die Anknüpfung an den Aufenthalt in England erfolgte zum Zwecke der Herbeiführung des Kindeswohles.⁵⁾ Cheshire ist sogar der Ansicht, daß künftig eine Anerkennung ausländischer Adoptionen möglich

1) vgl. McClean, Meaning S. 1151 ff;

2) vgl. auch Schmitthoff, aaO S. 88 und ders. English Conflict of Laws S. 54, 3. Auflage;

3) vgl. zB Cheshire, PIL 8. Aufl. S. 448, 350 f; Hierbei spielt auch die Verwirklichung der Gleichberechtigung keine geringe Rolle. Lord Denning zum Fall "Gray (Formoso) v. Formosa" 1963 P. 259, 267: Daß eine verheiratete Frau noch immer das Domizil ihres Mannes teilt und kein selbständiges Domizil haben kann, bezeichnet er als "the last barbarous relict of a wife's servitude!" Vgl. hierzu auch den Fall "Robinson Scott v. Robinson Scott" High Court of Justice v. 1.11.57 (1958) P. 71; (1957) 3 All E.R. 473; Hinweis bei Schmitthoff, aaO S. 88;

4) vgl. dazu Cheshire, aaO S. 448 ff;

5) vgl. Cheshire, aaO S. 456.

sein kann, wenn die Beteiligten im Ausland eine "real and substantial connection" vorweisen können.¹⁾

Nach dem "Wills Act" von 1963²⁾ können für die Frage der formellen Gültigkeit eines Testamentes neben der "lex-loci-actus" und der "lex-domicilii" auch das Recht der "Habitual residence" und der Staatsangehörigkeit herangezogen werden. Damit wollte man die Unterschiedlichkeiten der einzelnen Domizilbegriffe überbrücken. Es wird auch gesagt, man könne den Ort, an dem jemand den größten Teil seines Lebens verbracht habe, jedoch nicht mehr zu bleiben beabsichtige, nicht einfach außer acht lassen und das Domizil-Recht anwenden. Zugleich mag die "favor testamenti" eine Rolle gespielt haben, so daß die Chancen für die Gültigkeit eines Testaments durch die alternative Anknüpfungsmethode erheblich wachsen werden.

In der Frage der Anerkennung des Scheidungsurteils eines ausländischen Gerichts, das nicht am domicil der betreffenden Personen liege, ist das House of Lords in dem Fall "Indika v. Indika"³⁾ von der früheren Entscheidung des Privy Council "Le Mesurier v. Le Mesurier"⁴⁾ abgewichen und hat den sehr weiten neuen Grundsatz aufgestellt, daß jedes fremde Scheidungsurteil anerkannt werden müsse, wenn die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts auf einer "real and substantial connection" des Klägers mit dem Bezirk des Gerichts beruhe, gleichgültig, ob dieser Zusammenhang auf dem domicil, der Staatsangehörigkeit, dem dreijährigen Aufenthalt der Frau, der Lage des Familienheimes oder auf der Verbindung dieser Umstände im Zuständigkeitsbereich des Gerichts beruhe.

1) vgl. Cheshire, aaO S. 456 mit weiteren Hinweisen.

2) vgl. Cheshire, aaO S. 591;

3) vgl. Schmitthoff aaO S. 88; "Indika v. Indika" (1969) 1 A.C. 33

4) (1895) A.C. 517;

Diese Rechtsprechung hat allerdings mit dem "Recognition of Foreign Divorces and Separations Act" v. 1971¹⁾ ein Ende gefunden. In Anlehnung an das Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungsakten v. 1.6.1970²⁾ führt er als Anknüpfung der Anerkennungszuständigkeit in erster Linie den gewöhnlichen Aufenthalt (habitual residence) neben der Staatsangehörigkeit und dem domicile an. Hiermit ist eine völlig neue Rechtslage geschaffen worden, ein neuer Brückenschlag zum Kontinent ist erfolgt.³⁾

Über den Begriff selbst scheint es, wie in Frankreich, gegenwärtig noch keine hinreichende Klärung zu geben. Es müssen folgende vier Begriffe voneinander unterschieden werden: "domicil", "ordinary residence", "habitual residence" und "residence".

Es besteht Klarheit darüber, daß sich die drei letzten Begriffe vom "domicil" unterscheiden, weil sie gerade die Nachteile des vom Festland so verschiedenen "domicil"-Begriffes vermeiden und weil sie den Ausgleich zwischen dem kontinentalen und dem angel-sächsischen Wohnsitzbegriff herbeiführen sollen. Sie entsprechen dem Bedürfnis, leicht feststellbare, objektive Tatsachen zu beinhalten. Auch soll, wie aus den angeführten Gesetzen ersichtlich wird, der abgeleitete Wohnsitz der Frau (und anderer personae coniunctae) vermieden werden.

1) in Kraft seit 1.1.1972, Text bei Bergmann-Ferid, Großbritannien S. 107 ff; Kurzbericht in RabelsZ 35 (1971) S. 737. Zum ganzen Bereich auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 207 ff (210) zu § 328 ZPO.

2) vgl. dazu Staud.-Gamillscheg, mit umfangreichen Hinweisen Bem. 691 zu § 328 ZPO. Interessant ist, daß folgende Gerichtsstände eine Pflicht zur Anerkennung einer Ehescheidung verursachen: (1) gewöhnlicher Aufenthalt des Klägers, sofern er 1 Jahr bestanden hat oder zugleich letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt; beiderseitiger Heimatstaat, oder Heimatstaat des Klägers, sofern er mit seinem gewöhnlichen Aufenthalt übereinstimmt oder mit dem letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten.

3) vgl. auch Schurig, FamRZ 72, 288 ff;

Unklar ist dagegen die Abgrenzung der drei letzten Begriffe voneinander. Mindermeinungen sind der Ansicht, "residence" und "ordinary residence" würden sich nicht unterscheiden, oder die "ordinary residence" würde sich nur vom außergewöhnlichen oder vom gelegentlichen ("extraordinary", "occasional") unterscheiden.¹⁾ Andere gehen davon aus, daß beide Begriffe darin übereinstimmen, daß sie die tatsächliche körperliche Anwesenheit verlangten, die nicht nur flüchtig besteht,²⁾ daß aber die "ordinary residence" an dem Ort sei, "where was her Home during that time",³⁾ oder dort, wo "he intends to make his home for at any rate an indefinite period". Teilweise wird die zeitliche Dauer in den Vordergrund gestellt: "ordinary residence imparts a quality of permanence founded on intention".⁴⁾ Graveson⁵⁾ befaßt sich im Zusammenhang mit dem "Wills Act" von 1963 mit der "habitual residence" und umschreibt den Begriff folgendermaßen: "The testator's normal dwelling place, where it is his habit

-
- 1) vgl. Mößlang, Wohnsitz S. 76; Mc Clean, Meaning S. 1168, S. 1161 ff;
- 2) vgl. auch McClean, Meaning, S. 1164 mit weiteren Hinweisen: "fact of such physical presence in a place as is not fleeting or transitory". Indizien seien: Wo jemand gewöhnlich schlafe, wo die Frau und die Familie sich aufhalte ("ubi uxor, ibi domus").
- 3) dazu McClean, aaO S. 1163: das könne als Indiz gewertet werden.
- 4) So zB Schmitthoff, Conflict, 3. Aufl., S. 341; aa aber Mc Clean, aaO S. 1164, der nicht auf den Faktor Zeit abstellt.
- 5) vgl. Graveson, Conflict, 5. Aufl., S. 428; 6. Aufl., S. 512 f. Bei ihm ist das zentrale Begriffsmerkmal die "habitation", gestützt durch das Zeitmoment der "quality of continuity for a substantial period", vgl. Graveson, Conflict, 5. Aufl., S. 153; Zur Anknüpfung an die "habitual residence" bemerkt er: "It appears to be the most appropriate available concept to meet the demands of a fluid, modern society", vgl. Graveson, Conflict, 5. Aufl., S. 154. Demgegenüber sieht McClean das Eigentümliche der "habitual residence" nicht in der "habitation", sondern in der "habitation", vgl. McClean, Meaning, S. 1164, 1168.

to live - or, in one word, his habitation".¹⁾ Zu dem Verhältnis domicil - habitual residence - ordinary residence sagt er: "Between domicil and residence (ordinary) is the concept of "habitual residence".

Ohne sich einer der Ansichten anzuschließen, kann man doch sagen, daß die Merkmale der körperlichen Anwesenheit von nicht nur vorübergehender Dauer und das Merkmal der "habitation" oder des "home" entscheidend sind für die Begriffsbildung der "ordinary residence" und der "habitual residence", so daß man von einem im wesentlich gleichen Begriffsinhalt ausgehen kann, der sich in Anlehnung an McClean umschreiben läßt als den Ort, an dem sich das Leben eines Menschen gewöhnlichen abspielt, wo er wohnt und mit der Umwelt verbunden ist.

3. Amerikanisches Recht

Ein Blick in das amerikanische Kollisionsrecht zeigt, daß der Begriff der "habitual residence" kaum beachtet wird. Übergewicht kommt vielmehr dem "domicil" zu, das - wie im englischen Recht - Zuständigkeitsanknüpfung ist und die lex fori zur Anwendung bringt. Dem amerikanischen Kollisionsrecht ist die Theorie "of continuance of domicil" eigen.³⁾ Es besteht immer nur ein Domicil und es dauert solange fort, bis ein neues zweifelsfrei begründet ist. Ein früheres domicil lebt nicht wieder auf.

Das amerikanische domicil umfaßt als Begriffsmerkmale zwei objektive Komponenten: das "home" und ein Aufenthalt von einer gewissen Dauerhaftigkeit. Dazu kommt die Absicht, den

1) vgl. Graveson, aaO 6. Aufl. 512;

2) "... according to the way in which a man's life ist usually ordered". McClean, aaO S. 1161; iG zu "not accidental" "or exceptional": Mößlang, Wohnsitz S. 78, vgl. auch Henrich, Domizilbegriff S. 462 (in Bezug auf den objektiven Tatbestandteil).

3) vgl. dazu auch Schmitthoff, aaO S. 86; auch Mößlang, Wohnsitz S. 47 ff.

Aufenthalt und das "home" an dem bestimmten Ort auf Dauer zu begründen.¹⁾

Der Kerninhalt des domicil-Begriffes ist in dem offiziellen 2. Restatement²⁾ folgendermaßen beschrieben: "Domicil is a place, usually a person's home ... " (§ 11 Abs. I). In Abs. II heißt es dann: "Every person has a domicil at all times and ... no person has more than one domicil at a time". Zum Begriff "home" sagt § 12: "Home ist a place where a person dwells and which is the center of his domestic, social and civil live". In § 16 fordert es für das Wahlmizil: "a person must be physically present there" und in § 18, wo die subjektiven Voraussetzungen behandelt werden: "a person must intend to make that place his home for the time at least",³⁾ wobei dann allerdings kein Wahlmizil erworben werden kann, wenn der Bleibewille nur für eine bestimmte Zeit besteht.

Wenn sich der amerikanische "domicil-Begriff" als Anknüpfung für die persönlichen Angelegenheiten ("Judicial Jurisdiction over Persons", §§ 24 f) von den bisher besprochenen "residence-Begriffen" durch die Zulässigkeit des abgeleiteten domicil, durch das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit und in der Konstruktion der Beendigung und der Neubegründung des domicil unterscheidet, so stimmt er mit ihnen darin überein, daß die körperliche Anwesenheit an einem Ort, die tatsächliche Verbindung zu der umgebenden Umwelt und das Erfordernis des "home" als des Lebensmittelpunktes⁴⁾ die entscheidenden Voraussetzungen für sein Vorliegen darstellen.

- 1) Häufig wird auch negativ umschrieben: "Whithout any present intention of removing". Eine gewisse Dauerhaftigkeit betonen: Beale, § 19.1 S. 145 Goodrich, Sec. 28;
- 2) Neben dem domicil kommen als Anknüpfungen noch die "presence" "... individual who is present within its territory, whether permanently or temporarily" und "residence" (vgl. § 30 Rest.) als "... individual who is resident of the state unless the individual's relation-ship to the state is so attenuates as to make the exercise of such jurisdiction unreasonable". Allerdings zeigen die Ausführungen zum "domicil" bei § 11 S. 58, daß diese Begriffe doch nicht ohne weiteres generell voneinander abgegrenzt werden können: "Residence is an ambiguous word whose meaning ... must be determined in each case".
- 3) vgl. Anm. 1
- 4) Schneider, Zuständigkeit S. 130 betont auch die Vergleichbarkeit des amerikan. domicil-Begriffes mit dem gewöhnlichen Aufenthalt. Zum Ganzen auch de Winter, Nationality S. 421, 430 f.

III. Österreichisches Recht

In Österreich fungiert der gewöhnliche Aufenthalt als Zuständigkeitsanknüpfung in Ehesachen. Der österreichische OGH¹⁾ hat zum Begriff ausgeführt: es müsse eine gewisse Dauer des Aufenthaltes gefordert werden, auch sei vorauszusetzen, daß am Aufenthaltsort der Lebensmittelpunkt des Betreffenden bestehe. So sei der gewöhnliche Aufenthalt dort anzunehmen, wo jemand während einer längeren Zeit, wenn auch nicht ununterbrochen, sich hauptsächlich aufzuhalten pflegt. Die Absicht, dauernd zu bleiben, werde nicht gefordert. Später fügt er hinzu: dieser Ort sei auch "Mittelpunkt seines Lebens, seiner wirtschaftlichen Existenz und seiner sozialen Beziehungen". Andere Entscheidungen wiederum begnügen sich mit dem Aufenthalt "von nicht zu kurzer Dauer" und fordern dann eine entsprechend starke subjektive Komponente: die Absicht, an dem Ort den Lebensmittelpunkt zu begründen.²⁾

In der neuesten Zeit stellt Schwind in den Erläuterungen zu seinem IPR-Entwurf als Leitgedanken der Wahl der Kollisionsrechtsanknüpfungen den Grundsatz der "engsten Beziehung" auf. Dieser Grundsatz erfährt eine Konkretisierung in § 8, wo das Personalstatut geregelt wird: Grundsätzlich sei zwar die Staatsangehörigkeit für das Personalstatut maßgeblich, bei Flüchtlingen und Staatenlosen (und vergleichbaren Gruppen) wird aber der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfung herangezogen; ferner im Bereich der persönlichen Ehwirkungen (Art. 15), wenn die Ehegatten kein gemeinsames Personalstatut (gemeinsame Staatsangehörigkeit oder gemeinsamen Wohnsitz, je nach dem, was das Heimatrecht bestimmt) haben.

1) vgl. zB OGH v. 24.7.57, dazu Schröder, Zuständigkeit S. 133 mit Hinweisen.

2) vgl. OGH v. 4.5.1960 ErBl 1960 Nr. 308;

In den Erläuterungen geht Schwind davon aus,¹⁾ daß eine vollständige Terminierung des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthaltes durch Aufzählen beispielhafter Kriterien nicht ratsam erscheint. Sie würden einmal schwer möglich sein, zum anderen würden sie den Text nur unnötig belasten.²⁾ Kernmerkmal des gewöhnlichen Aufenthaltes ist auch bei Schwind der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen, für dessen Bestimmung die "wirtschaftlichen, familiären und kulturellen Bindungen" in Betracht kommen. Diese könnten aber noch durch Bindungen persönlicher Art ergänzt werden oder durch Bindungen, die durch Vorliebe bestimmt oder durch gesundheitliche Notwendigkeiten erzwungen sind.³⁾

Damit rückt Schwind den gewöhnlichen Aufenthalt in die Nähe des eine besondere Integrierung indizierenden "ordentlichen Wohnsitzes" des österreichischen Staatsbürgerschaftsgesetzes.⁴⁾ Demgegenüber will er aber - wegen der besonderen Funktion als Anknüpfung für das Personalstatut - einen mehrfachen gewöhnlichen Aufenthalt nicht zulassen, da dadurch eine eindeutige Bestimmung eines Statutes schwer zu verwirklichen wäre.

Es fällt auch auf, daß auf subjektive Anforderungen verzichtet wird; insbesondere bei der den Flüchtlingen gleich-

- 1) vgl. Schwind, ZFRV 12 (1971) S. 161 ff; dazu Neuhaus, ZFRV 13 (1972) S. 81 ff;
- 2) vgl. Schwind, aaO S. 203;
- 3) Wegen der Vielzahl der zu beachtenden Indizien hält v. Schwind eine Kodifizierung eines definierten gewöhnlichen Aufenthaltsbegriffes für schwer möglich (aaO S. 203); Schwind gibt auch zur Auslegung des Begriffes "engste Beziehung" weitere Merkmale an. Vermutlich können auch diese Merkmale zur weiteren Konkretisierung des gewöhnlichen Aufenthaltes herangezogen werden: so werden angeführt: "kulturelle, ethische, sprachliche, bildungs- und erziehungsmäßige, familiäre, berufliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte" (S. 181). Er betont ferner die grundsätzliche Gleichwertigkeit aller Kriterien, nur die jeweilige Intensität gebe den Ausschlag.
- 4) dazu Schwind, Staatsbürgerschaftsgesetz S. 453 ff;

gestellten Gruppe empfiehlt Schwind, auf die objektiven Kriterien besonderes Augenmerk zu legen. Dies legt den Schluß nahe, daß allgemein auf das objektive Vorliegen der den gewöhnlichen Aufenthalt begründenden Merkmale abgestellt werden soll.¹⁾

IV. Schweizerisches Recht

Das Urteil des schweizerischen Bundesgerichtes v. 3.6.1971²⁾ macht ebenfalls deutlich, daß der Gedanke des Lebensmittelpunktes bei der Wahl der "richtigen" Rechtsordnung an Bedeutung gewinnt. Es wird nicht mehr nur auf die räumliche Verbindung zu einer Rechtsordnung Wert gelegt, als vielmehr auf die Berücksichtigung der gesellschaftlich-sozialen Beziehungen im Geltungsbereich einer Rechtsordnung. Die in "wilder Ehe" lebende Frau habe in jedem Fall eineungünstige gesellschaftliche Stellung, die Kinder aus einer solchen Verbindung, die im Inland als uneheliche gelten würden, hätten alle Nachteile zu tragen, die sich rechtlich und gesellschaftlich mit diesem Stande verbinden würden. Bei der Entscheidung haben "menschliche und soziale Gesichtspunkte" eine nicht unbedeutende Rolle gespielt.³⁾

In der Literatur hat sich zB Vischer⁴⁾ gegen die Anknüpfung an einen formalen, durch eine Zeitdauer von 10 Jahren qualifizierten Wohnsitz oder Aufenthalt ausgesprochen. Vielmehr

-
- 1) Vgl. Schwind, aaO S. 204; Schwind spricht in Dölle-Festschn (1963) II S. 112 ebenfalls vom Vorrang der objektiven Verhältnisse. Jedenfalls müßten die "intentionalen Elemente" objektiviert werden.
 - 2) vgl. RabelsZ 36 (1972) S. 358 ff;
 - 3) Es geht hier um die Begründung einer starken Inlandsbezogenheit im Zusammenhang mit Art. 30; vgl. auch die Anm. Neuhaus im Anschluß an die in RabelsZ abgedruckte Entscheidung, RabelsZ 36 (1972) S. 372;
 - 4) vgl. Vischer, mariage mixte S. 413, 420 ff; ferner v. Overbeck, Professio iuris S. 1094: "L'expression du milieu dans lequel il vit une personne!", "résidence familiale".

empfiehlt er unter Ablehnung eines national fixierten Domizilbegriffes eine Begriffsgestaltung, die nicht bloß territorial ausgerichtet sei, sondern die durch das Erfordernis des "Lebensmittelpunktes", des "örtlichen Zentrums der ehelichen Existenz"¹⁾ die gesellschaftliche Bindung zum Ausdruck bringe. Hierbei sei eine umfassende Bewertung aller Umstände erforderlich, um das "proper law of the family" zu ermitteln. Vischer fordert im Bereich der persönlichen und güterrechtlichen Ehewirkungen und im Bereich des Ehescheidungsrechts ein einheitliches Familienstatut, eine "loi unique". Dies aber sei nur möglich, indem man das effektive Zentrum der ehelichen oder familiären Existenz berücksichtige. Zugleich sei dem Problem der Gleichberechtigung abgeholfen, ohne daß mehrere Rechtsordnungen zur Anwendung kommen wollten. Als Beispiel für die Annahme eines "ehelichen Zentrums" nimmt Vischer an: Ort des Haushaltes, Ort, wo der Beruf ausgeübt wird, wo die Kinder, die Verwandten leben, wo der gesellschaftliche Mittelpunkt ist.²⁾

1) vgl. Vischer aaO S. 421 ff unter Hinweis auf Schnitzer, IPR 4. Auflage I S. 374, der diesen Ausdruck auch gebraucht. Es wird darauf hingewiesen, daß der Begriff des "Zentrums der ehelichen Existenz" schon früher verwendet wurde: vgl. Champcommunal, Rev.d.i.p. 1929, S. 1 ff;

2) vgl. Vischer, aaO S. 422;

V. Niederländisches Recht

In der jüngsten Zeit hat sich in den Niederlanden de Winter¹⁾ eingehend mit dem Anknüpfungsproblem auf dem Gebiet des Personalstatutes beschäftigt. Im Anschluß an eine umfassende Kritik des Heimatrechtsprinzips hat sich de Winter für die Einführung eines sog. "Sozialen Wohnsitzes" ("domicil social") eingesetzt, der die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ersetzen soll.²⁾

De Winters Ausführungen stehen unter dem Leitbild: "our approach will be purely pragmatic".³⁾ Diesem Grundsatz müsse schon bei der Wahl der Anknüpfung Beachtung geschenkt werden; da im geltenden Recht die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit oft genug dem praktisch Vernünftigen widerspreche und sehr oft nur noch formelle Bedeutung habe, müsse hier der Anfang einer Reform gemacht werden.

Dem Gedanken eines pragmatischen Kollisionsrechtes komme man näher, wenn man bei der Anknüpfung einen faktischen Begriff ("factual notion") verwende. Dies aber deute auf die "résidence habituelle" oder auf den "habitual residence" hin. Begrifflich setzt de Winter wiederum die tatsächliche körperliche Anwesenheit voraus, die aber auf Dauer gerichtet sein müsse. ("Generally a long term stay".) Weiter fordert

1) vgl. de Winter, Nationality S. 349 - 503 mit umfangreichen Hinweisen; dazu Neuhaus, RabelsZ 35 (1971), 392 ff;

2) vgl. aaO S. 479 ff, 481, 483; (481) "In my opinion it is not the nationality but the social integration into a community which ought to be decisive as to whether the law of that community applies or not". (483): "Nationality can be deemed to be a criterion for appartenance to a community only if and when it means more than a formal juridical tie, i.e. if it implies real social ties with the native country".

3) vgl. aaO S. 429.

er, das anzuwendende Recht müsse "the law of the environment in which the individual was living" sein.¹⁾ Daraus folgert de Winter, daß am Aufenthaltsort zugleich der Lebensmittelpunkt, die 'soziale Einbettung' der Person sein müsse, ("the law of the community to which he belongs sociologically"). Wegen allgemein schwieriger Ermittlung der subjektiven Tatsachen wird ein Wille, an einem Ort einen Lebensmittelpunkt zu begründen, nicht gefordert. Vielmehr ergebe sich aus der objektiven Tatsache, daß jemand sein "home" in einem Land habe, auch ein entsprechender Wille. Wegen der Voraussetzung eines absoluten Lebensmittelpunktes lehnt de Winter die Möglichkeit eines mehrfachen sozialen Wohnsitzes ab. Im Zweifel sei dort der absolute Lebensmittelpunkt, wo jemand tatsächlich lebe,²⁾ im übrigen gibt er Indizien an die Hand, aufgrund deren man das Vorliegen des absoluten Lebensmittelpunktes ermessen könne.

Es fällt auf, daß de Winter nicht den auch in den Haager Abkommen üblichen Begriff der "résidence habituelle" verwendet. De Winter betont, daß der "domicil social" mit der "résidence habituelle" der Haager Abkommen zwar synonym sei, daß aber der funktionelle Charakter und die Eigenständigkeit des kollisionsrechtlichen Anknüpfungsbegriffes des "domicil social" für das Personalstatut, der "le centre des la vie" kennzeichne, gegenüber anderen Verwendungen der "résidence habituelle" in anderen Gebieten herausgestellt werden müsse.³⁾

1) vgl. aaO S. 431

2) vgl. de Winter aaO S. 430 f;

3) vgl. aaO S. 436;

VI. Nordische Länder

Über die modernen Strömungen auf dem Gebiet der Anknüpfung des Personalstatutes berichtet zB. Malmström.¹⁾ Während Dänemark, Island und Norwegen seit je dem Domizilprinzip anhängen, vollzog sich in Schweden seit den nordischen Konventionen eine fühlbare Verlagerung von der Staatsangehörigkeitsanknüpfung zur Anknüpfung an den Wohnsitz.²⁾

Der Begriff des Wohnsitzes der "Nordischen Konventionen" setzt wiederum den tatsächlichen körperlichen Aufenthalt an einem Ort voraus. Hierbei muß es sich aber um eine dauerhafte Niederlassung handeln. - Seit 1959 wird die Ehefähigkeit eines Ausländers in Schweden dann nach schwedischem Recht beurteilt, wenn er einen zweijährigen Wohnsitz in Schweden nachweisen kann. Zum Schutz vor unliebsamen "Hinkenden Ehen" soll die Anwendbarkeit des schwedischen Rechts von einer besonderen Erklärung der Heiratswilligen abhängen, die ihnen klar macht, daß sie unter Umständen mit einer hinkenden Ehe zu rechnen haben.

So kommt Malmström zu dem Ergebnis, daß der Domizilbegriff der Nordischen Konventionen dem Begriff der "résidence habituelle" sehr nahe komme und vielleicht praktisch mit ihm identisch sei. Der "sozialen Verankerung des Menschen" müsse Beachtung geschenkt werden.³⁾ Unter Hinweis auf den internationalprivatrechtlichen Wohnsitz in Dänemark führt Malmström aus: Zur Begründung eines kollisionsrechtlichen Wohnsitzes sei notwendig, daß die betreffende Person ein festes und dauerndes Heim im Geltungsbereich des dänischen Rechts habe.⁴⁾

1) vgl. Malmström, in Ftschr. Rheinstein (1969) I S. 325 ff;
ferner Korkisch, RabelsZ 23 (1958) S. 607;

2) vgl. Malmström aaO

3) vgl. Malmström, aaO S. 329, 341; auch de Winter glaubt bemerken zu können, daß in Schweden bei der Nachprüfung des Vorliegens des Wohnsitzes in zunehmendem Maße die Würdigung der gesamten Lebensumstände als notwendig erachtet wird. Vgl. Nationality S. 432;

4) vgl. Malmström, aaO S. 328 FN 13; "en persons faste og varige hjem".

VII. Zusammenfassung

Dieser kursorische rechtsvergleichende Überblick sollte nicht auf die Einzelheiten der neueren Wohnsitzbegriffe in den verschiedenen Ländern eingehen. Aber es sollte untersucht werden, ob sich eine allen Ländern gemeinsame Entwicklung nachweisen läßt, die derjenigen im Inland entspricht: die Tendenz zu einem faktischen, durch die Umweltbeziehung sich auszeichnenden Wohnsitzbegriff in Form des gewöhnlichen Aufenthaltes.

Die Vermutung, daß diese Tendenz besteht, ist mE bestätigt worden. Es wird allgemein versucht, die nationale Besonderheit der Wohnsitzbegriffe im Bereich des Kollisionsrechtes zu nivellieren, um zu einem internationalisierungsfähigen funktionellen, autonomen Begriff zu gelangen, dessen Begriffskern vorwiegend aus Merkmalen tatsächlicher Art besteht, und in dem der Lebensmittelpunkt der Person zum Hauptmerkmale erhoben ist, der lediglich durch eine zeitliche Dauer flankiert wird. Dabei wird der Begriff nicht abschließend, sondern nur andeutungsweise und beispielhaft umschrieben, weil eine abschließende Regelung als nicht erwünscht angesehen wird. Die Gesamtheit der Bindungen zum sozialen Milieu ist zu erforschen.

§ 3 Der gewöhnliche Aufenthalt ("résidence habituelle") in
den neueren Haager Abkommen. Bedeutung, Funktion, Begriff.

I. Allgemeines

Soweit der gewöhnliche Aufenthalt unter den bisher unterzeichneten oder zur Beratung vorgelegten Haager Abkommen als Anknüpfung Verwendung findet, wird ihm auffälligerweise die Eigenschaft eines (reinen) Tatsachenbegriffes zugeschrieben. Er solle durch Tatsachen bestimmt werden, die überall gleich zu beurteilen seien. Der genaue Kreis der Tatsachen, die zu seinen Mindestanforderungen gehören, wird nicht umschrieben.

Dies erklärt sich - wie schon bei den Beratungen zum Vörmundschaftsabkommen zum Ausdruck gekommen ist - aus dem Wunsch der Konferenzmitglieder, den von Land zu Land verschiedenen Wohnsitzbegriff abzulösen, um den Weg für eine kollisionsrechtliche Anknüpfungsvereinheitlichung voranzutreiben.¹⁾ Dieses Bestreben setzt seinerseits voraus, daß möglichst alle Vertreter von Ländern mit lex-patria-Grundsatz und von Ländern mit lex-domicilii-Grundsatz unter "einen Hut" gebracht werden, so daß durch ein zahlreiches Beitreten der einzelnen Staaten zu den Abkommen die Rechtsvereinheitlichung vorangetrieben wird.

Es fällt auch auf, daß in den Materialien zu den einzelnen Abkommen nichts Näheres über den Begriff zu finden ist; vielmehr scheint unter den Konferenzmitgliedern Übereinstimmung zu herrschen, daß der Begriff durch die nationalen Gerichte und die Wissenschaft ausgestaltet werden solle. In diesem Zusammenhang wird sogar gesagt, daß eine generelle Festlegung des Begriffes überhaupt nicht angebracht sei, da

¹⁾ vgl. zB Dölle, RabelsZ 17 (1952) S. 203;

der Begriff jeweils aus dem besonderen Sinn und Zweck der Abkommen heraus interpretiert werden müsse, was nur die Gerichte im Laufe der Zeit befriedigend lösen könnten.¹⁾

Vorab zu erwähnen ist auch, daß der gewöhnliche Aufenthalt in den einzelnen Abkommen verschiedene Funktion hat: teils ist er Zuständigkeitsanknüpfung, teils, insbesondere wo es um Behördentätigkeit geht, ist er Zuständigkeitsanknüpfung und mittelbare Rechtsanwendungsanknüpfung, schließlich hat er nur die Funktion, das anzuwendende Recht zu bestimmen. Im folgenden sind nur die Abkommen näher behandelt, in denen das anzuwendende Recht zumindest mittelbar zu regelnder Gegenstand war, und wo die Regelung des Personalstatutes i.e.S. Anlaß für das Abkommen war. Abkommen, die nur prozessualen Charakter haben (Regelung der internationalen Zuständigkeit, Regelung der Anerkennungszuständigkeit ua), oder die sich vorwiegend mit wirtschaftsrechtlichen Fragen beschäftigen, werden nicht oder nur kurz erwähnt.

1) vgl. Kropholler, Minderjährigenschutzabkommen S. 111, 113; ferner Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrechtskommission S. 150 f;

II. Die Abkommen im einzelnen

1. Renvoi-Abkommen vom 15.6.1955 1) 2)

Mit der Renvoi-Konvention vom 15.6.1955 verfolgte man das Ziel, dem positiven Konflikt zwischen dem Domizilprinzip und dem Staatsangehörigkeitsprinzip³⁾ auf dem Gebiete des Personalstatutes mit einer Lösung beizukommen, die - unter Anerkennung der Rück- und Weiterverweisung - ein höchstmögliches Maß an übereinstimmenden Entscheidungen im internationalen Rechtsverkehr herbeiführen sollte. So stellen die Artt. 1 - 3 klar, daß dem Wohnsitzrecht der Vorrang gegenüber dem Staatsangehörigkeitsrecht eingeräumt werden solle.⁴⁾

Art. 5 erläutert, was unter dem Begriff "domicil" verstanden werden soll. Es heißt: "C'est le lieu, où une personne réside habituellement", also der Ort, wo sich eine Person gewöhnlich aufhält. Bemerkenswert ist aber, daß die personae coniunctae keinen eigenen Wohnsitz in diesem Sinne errichten können, sondern daß in diesem Fall der abhängige Wohnsitz dieser Personen maßgeblich ist. Diese Entscheidung steht im Widerspruch zu dem von der 6. Haager Privatrechtskonferenz eingenommenen Standpunkt, die vom gewöhnlichen Aufenthalt als von einem faktischen, nicht von einem Rechtsbegriff ausging.⁵⁾

-
- 1) Beschlossen auf der 7. Haager Privatrechtskonferenz vom 31.10.51; vgl. dazu Acte final, in: Actes (7. Sess. 1951) S. 243, den Haag 1952. Deutscher Text in RabelsZ 17 (1952) S. 272; darüber Dölle, RabelsZ 17 (1952) S. 119 - 207; vgl. auch Kegel, IPR 2 Aufl. S. 133;
 - 2) Diese Konvention wurde bisher nur von Belgien und den Niederlanden ratifiziert. (Stand 13.9.1973) Sie ist noch nicht in kraft.
 - 3) Kegel, aaO legt den Schwerpunkt auf den p o s i t i v e n Konflikt der beiden Anknüpfungen.
 - 4) vgl. Dölle, aaO S. 201;
 - 5) vgl. Dölle, aaO S. 204; In den Materialien zur Renvoi-Konvention steht: "... à moins qu'ill ne dépende de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité". So dann auch die endgültige Fassung des Art. 5. Text in RabelsZ 17 (1952) S. 272;

Mit dem Begriff "réside" sollte die äußerlich erkennbare Tatsache des Aufenthaltes der betreffenden Person gekennzeichnet werden,¹⁾ die überall gleich zu beurteilen sei. Damit sollte der rechtstechnische Wohnsitzbegriff der nationalen Staaten vermieden werden, andererseits sollte ein Kompromiß geschaffen werden, um Ländern mit strengeren Domizilbegriffen den Beitritt zu ermöglichen, während man im Ganzen dem kontinentalen Wohnsitzbegriff treu blieb.²⁾

2. Die Unterhaltsabkommen gegenüber Kindern vom 24.10.1956³⁾

Bei diesem Abkommen handelt es sich um ein Rechtsanwendungsabkommen. Es knüpft die Unterhaltspflicht gegenüber Kindern an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts ("résidence habituelle") des Kindes⁴⁾, der in einem Vertragsstaat liegen muß.

Gesetzgeberisches Motiv war einmal, das Kindeswohl in den Vordergrund zu stellen und diesem Gedanken auch durch eine geeignete Anknüpfung zu entsprechen. Zum zweiten sollte, wie bei dem Renvoi-Abkommen, hinsichtlich der Anknüpfung ein Kompromiß geschlossen werden, damit das Abkommen gleichermaßen für die Länder mit Staatsangehörigkeitsanknüpfung wie für Länder mit Domizilanknüpfung annehmbar sei.

Weiterhin wollte man erreichen, daß durch Schaffung eines möglichst weitreichenden internationalen Entscheidungseinklangs die Voraussetzungen dafür geschaffen werden sollten,

1) vgl. Dölle, aaO S. 203

2) vgl. Kegel, IPR 2. Aufl. S. 133;

3) vgl. Zustimmungsg. v. 18.7.61 BGBl II, 1012; deutscher Vertragstext in RabelsZ 24 (1959) S. 145 - 151; dazu Müller-Freienfels, in Ficker Festschr. (1967) S. 318 - 334; weitere Hinweise bei Kegel, IPR S. 358;

4) Näheres bei Kegel, aaO

daß in allen Vertragsstaaten ergehende Unterhaltsentscheidungen anerkannt und vollstreckt werden könnten.

Die Bevorzugung des Kindeswohles stützt man auf folgende Überlegungen: Für das Kind komme es darauf an, daß der Unterhalt nach dem Rechte des Landes geregelt werde, in dem das Kind integriert sei, weil sich das Unterhaltsbedürfnis nach den Verhältnissen des Ortes richte, an dem das Kind seinen Unterhalt bestreiten müsse.¹⁾ Gerade das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes sei wegen seiner Sachnähe, wegen des engen Zusammenhanges mit den wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen, als auch mit den sittlichen Normen des Landes in besonderem Maße zur Unterhaltsregelung geeignet. Müller-Freienfels fügt hinzu²⁾, daß die Lage des Kindes insofern sicherungsbedürftig sei, als es einen Unterhaltsanspruch gegen einen ausländischen oder im Ausland sich befindlichen Unterhaltsschuldner geltend machen müsse. Hier komme es auf eine in allen Vertragsstaaten anzuerkennende und auch vollstreckbare Entscheidung an. Dafür sei aber Voraussetzung, daß ein internationaler Entscheidungseinklang bezüglich des anzuwendenden Rechts gegeben sei.

Ferner müsse dem Gedanken Gewicht beigemessen werden, daß verschiedene Kinder im gleichen Land den gleichen materiellen Bedingungen ausgesetzt seien, während möglicherweise verschiedene Väter mit unterschiedlichen Staatsangehörigkeiten oder Aufenthalten beteiligt seien. In diesem Fall sei es nicht tragbar, daß die einzelnen Kinder ein und derselben

1) Dies kommt zum Ausdruck bei Holleaux, Actes, 8. Sess. 1956 S. 173; ferner bei de Winter, Nationality S. 437 f und ders., in Documents, 8. Sess. 1956 S. 127: "For social and humanitarian reasons!".

2) vgl. Müller-Freienfels, aaO S. 320 ff;

Familie nach verschiedenen Rechten Unterhalt beanspruchen könnten, was uU starke Abweichungen bei den Unterhaltsmodalitäten zur Folge haben könne. Schließlich könne man der Gefahr vorbeugen,¹⁾ daß sich der Vater durch künstliche Schaffung anderer Anknüpfungstatsachen seinen Unterhaltsverpflichtungen entziehen könnte.

Schließlich hat man bei der Wahl des gewöhnlichen Aufenthaltes auf den engen Zusammenhang des Aufenthaltsrechts mit dem öffentlichen Sozialhilferecht aufmerksam gemacht: sie greift dann ein, wenn das Kind keine private Unterstützung bekommt.

Hinsichtlich des Begriffes steht im Vordergrund: gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes ist dort anzunehmen, wo es lebt und aufwächst.²⁾ Hierbei müssen die gesellschaftlichen Beziehungen des Kindes gewürdigt werden. Es wird ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß das Kind hinsichtlich seines Aufenthaltes keineswegs vom gewöhnlichen Aufenthalt des Erziehungs- oder Sorgeberechtigten abhängt, sondern daß es selbständig einen eigenen gewöhnlichen Aufenthalt gründen könne. Hierbei kommt der geforderte Tatsachencharakter des Begriffes am deutlichsten zum Ausdruck.³⁾ Dies zeigt aber auch, daß bei diesem Begriff das örtliche Moment, aber auch das zeitliche Moment im Hintergrund steht und die gesellschaftliche Komponente in den Vordergrund tritt.

Besondere Bedeutung kommt dem Entschluß der Kommission zu, das Unterhaltsrecht wandelbar zu gestalten. Dies bringt die Möglichkeit häufigeren Wechsels mit sich, mit der Folge, daß der Unterhaltsschuldner immer wieder mit einer anderen

1) vgl. Müller-Freienfels, aaO S. 323;

2) vgl. de Winter, Documents, 8. Sess. 1956, S. 127;

3) vgl. ders., aaO S. 127;

Unterhaltsforderung zu rechnen hat. Dies aber muß in Hinblick auf das Kindeswohl in Kauf genommen werden. Zu diesem Problem sagt Art. 1 II des Abkommens: "En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, la loi de la nouvelle résidence habituelle est applicable à partir du moment, où le changement s'est affectué".^{1) 2)}

Hier finden die Regeln des intertemporalen Privatrechts Anwendung.

3. Testamentformabkommen vom 5.10.1961³⁾

Das "Abkommen über das internationale Privatrecht der Form testamentarischer Verfügungen" bestimmt, daß der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers an vierter Stelle nach anderen Anknüpfungen⁴⁾ zum Zeitpunkt der Verfügung oder des Todes maßgeblich ist für die Anwendbarkeit des Rechts, das über die Formgültigkeit der Verfügung zu bestimmen hat. Hiermit ist der gewöhnliche Aufenthalt den übrigen Anknüpfungen gleichgestellt, alle vier Anknüpfungen greifen alternativ ein.⁵⁾

1) vgl. Actes, 8. Sess. 1956, S. 348; Müller-Freienfels, aaO S. 323;

2) Gleichzeitig wurde das Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltsverpflichtung gegenüber Kindern vorgelegt. Hier dient der gewöhnliche Aufenthalt zur Anerkennungs- und Vollstreckungszuständigkeit. Entscheidend ist hierbei der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes oder des Unterhaltsschuldners. Näheres bei Petersen, RabelsZ 24 (1959) S. 40 - 43; Hinweise auch bei Kegel, IPR S. 359;

3) vgl. dazu die Hinweise bei Kegel, IPR S. 414. Zum sachlichen Geltungsbereich besonders Ferid, RabelsZ 27 (1962) S. 420; Scheucher, ZFRV 5 (1964) S. 216-223; ders., 6 (1965), 85 ff;

4) Es gelten alternativ: (a) der Verfügungsort, (b) das Heimatrecht des Erblassers, (c) der Wohnsitz der Erblasser zum Zeitpunkt der Verfügung oder des Todes. Bei Grundstücken gilt das Recht des Lageortes; vgl. Art. 1 I a - d des Abkommens.

5) vgl. Näheres mit Hinweisen bei Kegel, IPR S. 414;

Mit Hilfe dieser alternativen Anknüpfungsmethode soll erreicht werden, daß, nach dem Grundsatz der "Favor testamenti", - der hier schon bei der Wahl der maßgeblichen Rechtsordnung mitwirkt - daß die letztwillige Verfügung möglichst gültig sein soll: "Il y a intérêt à poser des règles favorables à la validité du testament en la forme, et ce en admettant la compétence possible de plusieurs lois."¹⁾

Würde man nur an das Erbstatut anknüpfen (Heimatrecht des Erblassers oder Wohnsitz der Erblassers), könnte man diesem Bestreben nicht gerecht werden: letztwillige Verfügungen würden oft schon an der Formungültigkeit scheitern. Dagegen kann durch eine mehrfache Bereitstellung von anwendbaren Rechten ein umfassender Entscheidungseinklang erzielt werden: die Erben können sich in jedem Signatarstaat auf die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung berufen, wenn - und das wird meist der Fall sein - die Anknüpfungstat-sachen erfüllt sind. Dies hat in einer Zeit starker Fluktuation und weitverzweigter internationaler Beziehungen eine sehr große Bedeutung.²⁾ - Zugleich zeigt dies, daß eine mehrfache alternative Anknüpfungsmethode nur bedingte Bedeutung hat. Im Bereich des internationalen Eherechts würde diese Methode zu unübersehbaren Unsicherheiten, Unbilligkeiten und Gefahren für die Ehe selbst führen.

Die Wahl des Begriffes der "résidence habituelle" wird im Verhältnis zu der an dritter Stelle gewählten Anknüpfung an das "Domicil " im angloamerikanischen Sinne verständlich, wenn man an den Zweck des Abkommens denkt: Es kam darauf an, den Ländern, die einem strengen Wohnsitzbegriff folgen, entgegenzukommen und ihren Beitritt zu ermöglichen, um einen möglichst weiträumigen Entscheidungseinklang zu erzielen.³⁾

- 1) vgl. Batiffol, Actes et Documents (IX. Session 1960) III S. 159;
- 2) hierauf weist auch Ferid, RabelsZ 27 (1962), 418 hin;
- 3) vgl. Batiffol, aaO S. 163 f;

Zum Problem der subjektiven Komponente hat Batiffol erklärt:¹⁾ "Sans doute, l'élément d'habitude peut impliquer l'appréciation d'une intention, mais il s'agit encore de la constatation d'un fait." Dies bedeutet wohl, daß zwar eine subjektive Komponente vorliegt, daß sie aber gegenüber den tatsächlichen Gegebenheiten zurücksteht. Ein dem Faktum gegenüberstehender Wille ist nicht beachtlich.

Scheucher²⁾ hält es für möglich, daß, entsprechend der besonderen Interessenlage bei letztwilligen Verfügungen, ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt angenommen werden kann: es komme dem Abkommen darauf an, daß die Formgültigkeit von letztwilliger Verfügungen erleichtert wird. Es kommt nicht so sehr darauf an, nach welchem Recht das Testament gültig ist, sondern daß es gültig ist.

4. Das Minderjährigenschutzabkommen vom 5.10.1961³⁾

Im sog. Abkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes der Minderjährigen liegt der Akzent bei der Regelung der internationalen Behördenzuständigkeit. Liegt die Zuständigkeit fest, so soll die "lex magistratus" zur Anwendung kommen. Es handelt sich hier demnach um ein mittelbares Rechtsanwendungsabkommen.

Während im Unterhaltsabkommen allein der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes das anwendbare Recht bestimmte, geht die 9. Haager Privatrechtskonferenz zu einer komplizierteren Regelung über: neben der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt

1) vgl. Batiffol, aaO S. 164; vgl. auch Ferid, aaO S. 420;

2) vgl. Scheucher, ZfRV 6 (1965) S. 94 f;

3) vgl. Hinweise bei Kegel, IPR S. 359 - 361; ferner Ferid, RabelsZ 27 (1962) S. 428 - 449; Kropholler, Minderjährigenschutzabkommen, 1966; ferner Actes et Documents, (IX. Session 1960) Bd. IV S. 213;

des Minderjährigen wird das Heimatrecht des Minderjährigen als Korrektiv herangezogen, so daß das Heimatrecht des Minderjährigen "das letzte Wort" hat.¹⁾ Dennoch kann nicht verkannt werden, daß der Schwerpunkt des Minderjährigenschutzrechts auf der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt liegt.²⁾

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Minderjährigen ergab sich aus dem Sinn und Zweck des Abkommens: Im Mittelpunkt der Vertragsarbeiten stand die Sorge um das Wohl des Minderjährigen: Im Regelfall können die Aufenthalts-Behörden nicht nur am besten, sondern auch am schnellsten die familiären und sozialen Lebensverhältnisse der Minderjährigen ermitteln³⁾ und die der tatsächlichen Lage entsprechenden Schutzmaßnahmen ergreifen, die sie dann wegen der räumlichen Nähe auch am wirksamsten überwachen und durchführen können.⁴⁾ Daneben ermöglicht die Aufenthaltszuständigkeit die wünschenswerte Koordination mit den Maßnahmen des Jugendstrafrechts und dem generellen Minderjährigenschutz, worüber das territoriale Recht entscheidet.

Die Zielsetzung dieses Abkommens ist daher vergleichbar mit der des Unterhaltsabkommens: die Rechtsordnung derjenigen Rechtsgemeinschaft soll über das Schicksal des Minderjährigen entscheiden, in der sich das Leben des Minderjährigen tatsächlich abspielt. Dieser Gedanke kam auch im Endbericht

-
- 1) vgl. Kegel, IPR S. 360; Näheres bei Kropholler, aaO S. 105-137;
 - 2) vgl. Kegel, IPR S. 360;
 - 3) vgl. Actes et Documents (IX. Session 1960) Bd. IV S. 21 ff;
 - 4) vgl. Actes et Documents, aaO S. 221 (Rapport v. Steiger) ferner Kropholler, aaO S. 106 f;

der Kommissionsberatungen zum Ausdruck: "Tenir compte des conditions actuelles sociologiques et juridiques." Die Berücksichtigung dieser Momente sei aber nur möglich an dem Ort, "qui rattache une personne à la société, dans laquelle elle vit effectivement, donc à son domicile ou sa résidence habituelle."¹⁾

Zum Begriff der "résidence habituelle" wird gesagt: Es handele sich um einen Tatsachenbegriff ("notion de fait"), der autonomen Charakter habe. Man könne die Qualifikations-schwierigkeiten, die bei der Anknüpfung an den herkömmlichen Wohnsitz auftreten würden, vermeiden; ferner brauche der gesetzliche, abhängige Wohnsitz des Minderjährigen, der dem Sinn und Zweck des Abkommens widerstrebe, nicht beachtet zu werden. Ausdrücklich wurde auf die Voraussetzung des "Lebensmittelpunktes" Wert gelegt: Für den Minderjährigen sei dasjenige Recht beachtlich, in dessen Milieu er lebe: Es sei eine "L'idée fondamentale de la convention, soumettre le mineur aux autorités qui peuvent le mieux apprécier la situation à la loi du milieu social, dans laquelle il vit".²⁾

Die etwas vage Umschreibung dieses Merkmals lasse sich durch die Forderung konkretisieren, daß am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Minderjährigen zugleich sein Lebensmittelpunkt sein müsse ("le centre effectif de la vie du mineur"). Die zeitliche Dauer des Aufenthaltes habe für die Beurteilung zwar Bedeutung, aber nicht entscheidende Bedeutung.³⁾

Ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt wird wegen der Forderung des "Lebensmittelpunktes" abgelehnt,⁴⁾ weil es gerade auf eine eindeutige Bestimmung des anzuwendenden Rechts und

1) vgl. v. Steiger, Actes et Documents, aaO S. 221;

2) vgl. ders., aaO S. 226;

3) vgl. ders., aaO S. 226;

4) vgl. ders., aaO S. 226; ferner Kropholler, NJW 1971 S. 1724;

der zuständigen Behörde ankomme. Eine Kompetenzverwirrung sei jedenfalls für den Minderjährigen schädlich.

Zur Frage des Statutenwechsels wird in neuerer Zeit gesagt, es werde (meist im Hinblick auf die legal-kidnapping-Fälle) solange kein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet, als der neue Aufenthalt nur provisorisch und noch nicht gefestigt sei. Vielmehr komme es auf die "ernsthafte" Bindung an; hierbei müsse als Indiz auch die Staatsangehörigkeit herangezogen werden. Einzelheiten dazu könnte aber nur der Einzelfall liefern.¹⁾

5. Das Adoptionsabkommen vom 15.11.1965²⁾

Wie in den vorhergehenden Abkommen steht auch in dieser Konvention der Gedanke des Kindeswohles als Leitfaden über der internationalprivatrechtlichen Regelung: Es sollen solche Maßnahmen ergriffen werden, die die Garantie dafür bieten, daß nach menschlichem Ermessen die Bedingungen für das Adoptivkind in seiner neuen Umgebung günstig sind.³⁾ Daher knüpft dieses Abkommen, in dem die internationale Zuständigkeit der handelnden Behörde, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Adoption geregelt werden, die internationale Zuständigkeit der Behörden an den gewöhnlichen Aufenthalt des Annehmenden oder des annehmenden Ehepaares. Mittelbar bestimmt diese Anknüpfung auch das anzuwendende Recht: Anwendbares Recht ist die "Lex magistratus".

Aber auch in diesem Abkommen ist der gewöhnliche Aufenthalt nicht die einzig entscheidende Anknüpfung. Gleichberechtigt neben dem gewöhnlichen Aufenthalt stehen die Staatsangehörig-

- 1) vgl. hierzu Wuppermann, FamRZ 1972, 249; Hinweise auf Firsching, DRpf1. 1971, 377; ferner Kropholler, NJW 1971, 1724;
- 2) vgl. die Hinweise bei Kegel, IPR S. 383; ferner Schwind, StAZ 1965, 33-37; Ficker, RabelsZ 30 (1966) S. 606-641, 609 ff;
- 3) vgl. Schwind, StAZ 1964 S. 29 ff.

keit des Annehmenden oder die gemeinsame Staatsangehörigkeit der annehmenden Ehegatten. Das Abkommen kommt überhaupt nur zur Anwendung, wenn alle Beteiligten in einem der Vertragsstaaten gewöhnlichen Aufenthalt haben und Staatsangehörige von Vertragsstaaten sind.¹⁾ Mag durch die mehrfache Zuständigkeit der Adoptivbehörden (Art. 3) die Anknüpfungsmethode verwirrend erscheinen; aber sie fällt nicht ins Gewicht, da es nicht - wie beim Minderjährigenschutzabkommen - um unter Umständen schnell zu ergreifende Schutzmaßnahmen geht; sondern es geht um sorgfältig zu prüfende tatsächliche Verhältnisse. Zudem wird der Gefahr von Kompetenzschwierigkeiten mit einem ausgebauten Meldesystem vorgebeugt. - Daß aber das Schwergewicht auf der Aufenthaltszuständigkeit, nicht aber auf der Staatsangehörigkeitszuständigkeit beruht, dürfte aus Art. 22 des Abkommens ersichtlich sein, wonach der Aufenthaltsstaat des Kindes - als der Ort seines tatsächlichen Milieus - die Anerkennung der Adoption verweigern kann, die von den Behörden der gemeinsamen Heimatstaaten der annehmenden Ehegatten (oder des Annehmenden) ausgeht, wenn sie nicht zugleich auch Aufenthaltsstaaten der Annehmenden sind. Die Verantwortlichkeit des Aufenthaltsstaates des Kindes hat den Vorrang gegenüber der des Heimatstaates der Annehmenden,²⁾ es sei denn, auch das Kind besäße die Staatsangehörigkeit der (des) Annehmenden.

Andererseits muß darauf hingewiesen werden, daß in Art. 4 bestimmt wird, daß die Aufenthaltsbehörden des Annehmenden ein innerstaatliches Verbot der Adoption im Recht des Heimatstaates des Annehmenden beachten müssen. Hier gilt der Grundsatz des "Schwächeren Rechts" zur Vermeidung von "hinkenden

1) vgl. die interessanten Fallgestaltungen bei Ficker, aaO S. 622;

2) vgl. dazu Ficker, aaO S. 623;

Adoptionen": Wenn Aufenthaltsstaat und Heimatstaat auseinanderfallen, soll eine Adoption nur möglich sein, wenn sie von beiden Rechten zugelassen wird. Dies kommt sowohl den Adoptiveltern als auch dem Adoptivkind zugute.¹⁾

Daß die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt gerade unter dem Aspekt des Kindeswohles gewählt wurde, ist oben bereits angedeutet. Daher wird besonderer Wert darauf gelegt, daß die Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltes der Annehmenden auch vorrangig zuständig sein sollen: Sie können eher als jede andere Behörde die Situation bei den Annehmenden überblicken:²⁾ sie haben besseren Einblick in die wirtschaftliche Situation der Adoptiveltern, in die Beständigkeit ihrer Ehe sowie auf ihre erzieherischen Fähigkeiten. Im "aperçu général" der Verhandlungen heißt es: "Dans le cas de l'adoption il s'agit de vérifier l'existence d'une base psychologique et sentimentale solide, sur laquelle pourra se construire une vie familiale future harmonieuse".³⁾

Andererseits steht die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt auch im Interesse des Annehmenden oder der annehmenden Ehegatten: die Adoptivfreudigen haben ein Interesse daran, daß sie beim Adoptionsverfahren nicht allzu viele Schwierigkeiten im Umgang mit Behörden eines fremden Staates haben. Abgesehen von der zeitlichen Verzögerung kann ein solches Verfahren, in dem Behörden eines fremden Staates beteiligt sind, sehr kostspielig werden und schon deshalb adoptionsinteressierte Personen von einer Adoption abhalten.⁴⁾

1) vgl. Ficker, aaO S. 626 f. Diese Entwicklung zeigt aber doch ziemlich deutlich, daß der "Trend" zum gewöhnlichen Aufenthalt durchaus nicht vorbehaltlos besteht. Im Gegenteil: Seit dem Haager Abkommen über die Unterhaltspflicht gegenüber Kindern nimmt die Staatsangehörigkeit zunehmend Raum ein. Ihre stabilisierende und kontinuierliche Funktion kommt den hier zu regelnden Materien zugute.

2) vgl. Actes et Doc., 10. Sess. 1964, S. 30;

3) vgl. Actes et Doc., 10. Sess. 1964, Bd. II S. 11; 410;

4) vgl. Maul, in Actes et Doc., 10. Sess. 1964, Bd. II S. 410; vgl. Actes et Doc., aaO S. 417.

Der Begriff der "résidence habituelle" steht, wie bisher, in der langen Tradition der Haager Abkommen:¹⁾ Sein Tatsachencharakter wird betont, er soll Auslegungsschwierigkeiten, wie sie beim herkömmlichen Wohnsitzbegriff auftreten, vermeiden helfen. Zudem soll er einer einheitlichen Auslegung in den Signatarstaaten zugänglich sein. Ebenso wird auch in diesem Abkommen auf den Lebensmittelpunkt der (des) Annehmenden größeres Gewicht gelegt. Schließlich ist beachtenswert, daß auf die Anwendbarkeit eines einheitlichen Statutes Wert gelegt wurde: die Ehegatten müssen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt²⁾ oder gemeinsame Staatsangehörigkeit vorweisen können. Nur auf diese Weise kann ein internationaler Entscheidungseinklang herbeigeführt werden.

6. Haager Abkommen über das auf internationale Käufe beweglicher Sachen anwendbare Recht vom 15.6.1955; Abkommen über das auf Verkehrsunfälle anwendbare Recht vom Oktober 1968 (noch nicht in Kraft)
-

Nach dem Überblick über die Abkommen auf dem Gebiet des persönlichen Rechts, sollen im folgenden zwei Abkommen erwähnt werden, die zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seiner Funktion im Abkommen interessante Hinweise geben, die auch im Bereich des Personalstatutes verwertbar sind.

1) vgl. Actes et Doc., aaO S. 417;

2) Allerdings keinen gemeinsamen Haushalt. Dazu Ficker, RabelsZ 30 (1966), 623. Actes et Doc., aaO S. 420!

a) Abkommen über das auf internationale Käufe beweglicher Sachen anwendbare Recht vom 15.6.1955

Hier wurde der gewöhnliche Aufenthalt anstelle des Wohnsitzes (domicil) gewählt, um der Geschäftswelt bei der Begründung und Abwicklung internationaler Käufe unter Verzicht auf rechtstechnische Präzision mit einem einfachen, schnell erfaßbaren Begriff zu helfen.¹⁾ So kommt das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes (oder die Niederlassung) des Verkäufers im Zeitpunkt des Zugangs der Bestellung zur Anwendung, wenn sich die Parteien nicht ausdrücklich oder zweifelsfrei stillschweigend über das anzuwendende Recht geeinigt haben, Art. 3I; ausnahmsweise soll es auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Käufers ankommen, wenn dem Verkäufer die Bestellung im Aufenthaltsland des Käufers zugeht.²⁾

b) Abkommen über das auf Verkehrsunfälle anwendbare Recht vom Oktober 1968.

Falls ein einziges Fahrzeug an einem Unfall beteiligt ist, kommt - abweichend vom Grundsatz der Anwendbarkeit des Tatortrechts - das Recht des Staates, in dem das Fahrzeug registriert ist, zur Anwendung, wenn Fahrer, Eigner oder Halter Ersatz fordern, unabhängig davon, wo sie sich gewöhnlich aufhalten, oder wenn eine Person außerhalb des Fahrzeugs verletzt ist und sich im Registerstaat gewöhnlich aufhält.³⁾

1) vgl. Dölle, RabelsZ 17 (1952), 175;

2) vgl. dazu die Hinweise bei Kegel, IPR S. 262; auch Dölle, RabelsZ 17 (1952) S. 161 - 211; ferner vgl. die Kollisionsrechtsvorschriften des Haager Abkommens zur Vereinheitlichung des materiellen Kaufrechts v. April 1964, wo ebenfalls hilfsweise an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wird. Dazu Näheres bei Dölle, RabelsZ 32 (1968) S. 438 - 449;

3) vgl. auch Kegel, IPR S. 277 f.

Beitzke berichtet,¹⁾ die Konferenz habe sich für diese Anknüpfung in erster Linie deshalb entschieden, weil im Land der Registrierung regelmäßig auch der für die Haftpflichtversicherung maßgebliche Sitz des Versicherers liege, und weil die Anknüpfung an den Registrierungsort (im Zusammenhang mit dem gewöhnlichen Aufenthalt eines Verletzten außerhalb des Fahrzeugs) regelmäßig eine einheitliche Anknüpfung für sämtliche, als haftpflichtig in Betracht kommende Personen gestattet.

Demnach sind zwei Komponenten von Bedeutung: die wirtschaftliche Nähe des Schädigers und des Geschädigten, aber auch der einspringenden Haftpflichtversicherung zu einer Rechtsordnung. Dadurch wird die Möglichkeit der einheitlichen Beurteilung eines einheitlichen Lebenssachverhaltes ermöglicht. Somit steht auch hier der Grundsatz im Vordergrund, daß ein einheitlicher Lebenssachverhalt auch einheitlich geregelt werden müsse, und daß diejenige Rechtsordnung heranzuziehen ist, mit der der Lebenssachverhalt die engste Beziehung aufweist. Die Anknüpfung entspricht der Funktion des geregelten Lebenssachverhaltes.

7. Entwurf einer "Convention sur l'administration internationale des successions".²⁾

In den Verhandlungen der zweiten Kommission zu diesem geplanten Abkommen kommt zum Ausdruck, daß die Erleichterung der internationalen Abwicklung des beweglichen Nachlaßvermögens des Erb-

1) vgl. Beitzke, RabelsZ 33 (1968) S. 204 ff (223 f). Besonders zum Vorentwurf! (aaO S. 222)

2) Als Arbeitsunterlage dient die "Collection complète des Procès-verbaux et Documents de travail de la Commission II en matière des successions v. 21.10.1972" der Conférence de la Haye de Droit international privé. Es handelt sich um die noch nicht veröffentlichten Protokolle (Sept. 1973).

lassers mit Hilfe eines international anerkannten Erbscheines bezweckt ist.¹⁾ Aus dem Papier selbst sollen sich auch die Befugnisse des Nachlaßverwalters ergeben.²⁾

Es handelt sich um ein Zuständigkeitsabkommen, mittelbar aber auch um ein Rechtsanwendungsabkommen: Zuständig für die Erteilung dieses Erbscheines ist die Behörde des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers.³⁾ Wer Adressat der Bescheinigung sein soll, und welches seine Befugnisse sein sollen, regelt grundsätzlich die "loi interne", ("lex-magistratus").⁴⁾ Es herrscht also auch hier der Grundsatz des sog. Gleichlaufs.

1) PV Nr. 2 Rdnr. 2: "Le but de l'avant-projet de convention est de faciliter l'administration internationale des successions par le moyen d'un certificat jouissant d'une reconnaissance internationale".

2) So heißt es in Art. 1: "The Contracting States shall establish an international certificate designating the person or persons entitled to administer the movable state of a deceased person and indicating his or their powers." (vgl. Procès-verbal (PV) 13 Rdnr. 14;) ferner "reconnaissance d'un certificat international qui désigne la ou les personnes habilitées à administrer une succession."

3) vgl. Art. 2: "... pose le principe, que le certificat est établi par l'autorité compétente de l'Etat où le défunt avait sa résidence habituelle." In der von den Delegierten angenommenen Fassung besagt Art. 2: "The certificate shall be drawn up by the competent authority in the State of the habitual residence of the deceased." Vgl. PV Nr. 13 Rdnr. 14; auch Acte final, Art. 2; (12. Session 1972).

4) vgl. PV Nr. 3 Rdnr. 62: "L'article 3 énumère les cas dans lesquels cette autorité applique sa loi interne pour désigner le titulaire du certificat et indiquer ses pouvoirs". Vgl. Art. 3 Acte finale.

Ausnahmsweise soll aber das Recht des Staates, dem der Erblasser zuletzt angehört hat, ua. dann zur Anwendung kommen, wenn dieser innerhalb der letzten fünf Jahre dort seinen gewöhnlichen letzten Aufenthalt hatte und nur der Heimatstaat den Vorbehalt des Art. 31(Acte final) ausgesprochen hat (Art. 3 Nr. 2 Acte final). Der Aufenthalt selbst braucht nicht fünf Jahre gedauert zu haben. Anders gesprochen: Das Heimatrecht des Erblassers kommt dann zur Anwendung, wenn der letzte gewöhnliche Aufenthalt in einem anderen Staat nicht schon 5 Jahre gedauert hat. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Aufenthaltsrechts ist demnach ein 5-jähriger gewöhnlicher Aufenthalt des Erblassers im Staat der tätigen Behörde.¹⁾

Zum Grund für die Wahl des gewöhnlichen Aufenthaltes wird gesagt, der Verwaltungsschwerpunkt bezüglich des beweglichen Nachlasses liege im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers. Nach fünf Jahren werde vermutet, daß er sich mit seinem beweglichen Vermögen in seiner neuen Umgebung eingelebt hätte und mit dem "sozialen Milieu" in enger Beziehung stehe.²⁾

1) vgl. Art. 3 Nr. 2; dazu PV Nr. 4 Rdnr. 36 ff; In Art. 3 Nr. 1 und Art. 4 Acte final werden aber noch andere Fälle der Anwendbarkeit des nationalen Rechts aufgezählt. Art. 3 Nr. 2 bringt die 5-jährige Frist zum Ausdruck; Hierzu sagt PV Nr. 5 Rdnr. 34: "Il n'est pas opportun de prévoir l'application de la loi nationale, quand le défunt n'a plus eu sa résidence habituelle dans le pays d'origine durant les cinq ou dix années avant sa mort." oder: "la loi de la résidence habituelle s'appliquera, si dans les cinq ou dix dernières années avant son décès le défunt n'a plus eu sa résidence habituelle dans un Etat d'origine."

2) vgl. dazu PV Nr. 5 Rdnr. 39: Es wurde die Frage gestellt, ob auch bei Flüchtlingen eine sog. "sociological connection" auch erst nach 5 Jahren bestehen sollte. Der amerikanische Delegierte meinte, (aaO Rdnr. 45) zur Begründung einer "sociological connection" sei uU schon ein Tag ausreichend; der irische Delegierte widersprach dem und beharrte auf der Voraussetzung einer bestimmten Zeitdauer. Das zeitliche Moment komme in dem Begriff "habitual" zum Ausdruck: "It was perfectly possible to live in a country and not to be habitually resident there."

Der spanische Delegierte räumte ein, daß die Behörden des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, die Interessen sowohl der Erben wie Dritter besser wahrnehmen könnten, als diejenigen des Heimatstaates, zumal sie möglicherweise eigenes Recht zur Anwendung bringen könnten.¹⁾

An dieser Konvention ist hinsichtlich der Anknüpfung folgendes beachtlich: Wie in den vorhergehenden Abkommen spielt auch hier die Integration des Erblassers in das "soziale Milieu" eine große Rolle: es wird vorausgesetzt, daß der Erblasser seinen Lebensmittelpunkt an seinem Aufenthaltsort hatte. Zusätzlich kommt aber hinzu, daß die Frist von 5 Jahren²⁾ die tatsächlichen Voraussetzungen dafür bieten soll, daß man vermuten kann, daß sich eine Integrierung in dieser Zeit vollzogen habe. Eine solche Zeitdauer als Begriffsmerkmal des gewöhnlichen Aufenthaltes war den bisherigen Konventionen fremd. Man kann daraus vielleicht den Schluß ziehen, daß dadurch der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt eine der Staatsangehörigkeit entsprechende Stabilität und Kontinuität verliehen werden sollte,³⁾ was bei völlig abgeschlossenen Tatbeständen auch vernünftig erscheint.

1) vgl. aaO Rdnr. 47;

2) Art. 3 Acte final lautet daher: "For the purposes of designating the holder of the certificate and indicating his powers, the competent authority shall apply its internal law except in the following cases, in which it shall apply the internal law of the State of which the deceased was a national -
(a)
(b) If it State of which he was a national, but not the State of his habitual residence has made the declaration provided for in Article 31 and if the deceased had lived in the State of the issuing authority for less than 5 years immediatly prior to his death."

3) vgl. dazu jetzt Batiffol, Rev.crit. 62 (1973), 243 ff, 247;

8. Internationale Rechtsprechung auf dem Gebiet der
Haager Abkommen¹⁾

Soweit ersichtlich, hat sich die internationale Rechtsprechung noch nicht eingehend mit dem Begriff der "résidence habituelle" befaßt, soweit er im Zusammenhang mit den Haager Abkommen steht.

Auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsrechts gegenüber Kindern sind einzelne Bemerkungen hierzu zu finden. Insgesamt fällt auf, daß in den Urteilen einfach und schlicht festgestellt wird, daß das Kind in dem jeweiligen Land seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe.²⁾

Hierbei fehlt es aber schon an einer einheitlichen Diktion. Einzelne Gerichte sprechen einfach von "rêside",³⁾ andere erwähnen in diesem Zusammenhang sogar den Begriff "domicilié",⁴⁾ häufig wird aber auch korrekt von "rêside habituellement" gesprochen. Soweit ersichtlich, wird die Begriffskomponente des "Lebensmittelpunktes" nicht ausdrücklich erwähnt. Meist befindet sich das Kind am Wohnort der Mutter. Auf das Problem des Willens bei Minderjährigen zur Begründung eines eigenen gewöhnlichen Aufenthaltes brauchte in den meisten Fällen schon deswegen nicht eingegangen zu werden, weil - wie gesagt wurde - Mutter und Kind zusammenwohnen.

Auf dem Gebiet des Minderjährigenschutzabkommens sagt das Tribunal Amsterdam⁵⁾: die minderjährigen Kinder des sich in Neuilly-sur-Seine (Frankreich) gewöhnlich aufhaltenden Va-

1) Hinweise über die Rechtsprechung auf dem Gebiet der Haager Abkommen finden sich in: Supplément 1972.

2) vgl. zB OGH v. 6.10.1965 ZfRV 5 (1966), S. 299;

3) vgl. zB Trib. d' Amsterdam v. 20.11.69, Asser 5755; Hinweis in: Supplément, 1972 S. 32;

4) vgl. Supplément, 1972 S. 36 mit Hinweis auf Trib. de Maastricht vom 8.1.1970 NJ 1970, S. 356;

5) vgl. Supplément 1972, S. 71 mit Hinweis auf Trib. d'Amsterdam vom 9.11.1970 in NJ 1971, 235;

ters hätten nicht in Kalifornien, wo sie sich zum Zwecke des Studiums aufhielten, ihren gewöhnlichen Aufenthalt, sondern bei ihrem Vater in Neuilly-sur-Seine. Dies müsse aus dem nur vorübergehenden Charakter des Aufenthaltes in Kalifornien geschlossen werden.

Dies läßt vermuten, daß das Gericht die Voraussetzung des "Lebensmittelpunktes" stillschweigend vorausgesetzt hat und zusätzlich auf das Merkmal der Zeitdauer abgestellt hat: auf die Frage, ob sich der Aufenthalt an einem Ort absehen läßt oder nicht.

§ 4 Die autonome, funktionelle Begriffsbildung des gewöhnlichen Aufenthaltes als Anknüpfung im Kollisionsrecht.

I. Allgemeines: Tatsachen- oder Rechtsbegriff?

Die Aussage M. Wolffs,¹⁾ der gewöhnliche Aufenthalt sei ein reiner Tatsachenbegriff, ist zumindest mißverständlich: früher hat Rabel dazu gesagt: die Tatsachenanknüpfung würde zwar eine ideale Anknüpfung darstellen, es handele sich hierbei aber um eine Utopie.²⁾ So mag sich das Vorliegen des gewöhnlichen Aufenthaltes vorwiegend auf Tatsachen stützen, immer aber wird es bei der Prüfung auf eine Wertung der gegebenen Tatsachen ankommen, die das Vorliegen gerade eines funktionellen Begriffes nahe legen. Während der einfache Aufenthalt ein Begriff ist, der kaum eine erhebliche Verschiedenheit der Beurteilung erfahren dürfte, so erweitert der zusätzliche Begriff "gewöhnlich" die Zahl der möglichen Beurteilungen erheblich. Zumindest wird die Forderung berechtigt sein, den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes mit einem bestimmten Umkreis von Tatsachen auszufüllen, die vorliegen müssen, daß von einem gewöhnlichen Aufenthalt die Rede sein kann. So verstanden kann man von einem Tatsachenbegriff sprechen.-Übereinstimmung besteht aber darin, daß der gewöhnliche Aufenthalt keine rechtlichen Wirkungen für abhängige Personen hat, wie dies beim Wohnsitz ist des § 7BGB der Fall ist.³⁾ Auch insofern ist der Hinweis auf den gewöhnlichen Aufenthalt als eines Tatsachenbegriffs am Platz.

1) vgl. M. Wolff, IPR S. 92;

2) vgl. Rabel, Qualifikation S. 245 unter Hinweis auf v. Bar und Kahn (Abhandlungen I S. 88;): "Die ideale, freilich eine utopische Kollisionsnorm würde, wie v. Bar und Kahn gleicherweise anerkennen, die sein, die auf reine Tatsachen abgestellt wäre." Hierunter ist auch die Anknüpfung zu zählen.

3) vgl. Soergel-Kegel, Bem. 20 zu Art. 2S.

II. Der Begriff im einzelnen

1. Die objektiven Tatsachenmerkmale des gewöhnlichen Aufenthaltes

a) Die tatsächliche Anwesenheit

Der gewöhnliche Aufenthalt einer Person ist nur dort, wo sie sich tatsächlich körperlich aufhält. Dieser Aufenthaltsort deckt sich nicht nur mit einem Gerichtsbezirk oder Verwaltungssprengel, sondern umfaßt den gesamten räumlichen Geltungsbereich eines Gesetzes. Dies ergibt sich aus der Funktion des gewöhnlichen Aufenthaltes als eines Verweisungsbegriffes: er soll auf eine Rechtsordnung verweisen.

Bereits diese Forderung schließt die Möglichkeit aus, daß der gewöhnliche Aufenthalt durch einen Vertreter begründet wird: die Person muß selbst anwesend sein. Daraus kann aber auch schon die Forderung abgeleitet werden, daß Minderjährige grundsätzlich einen eigenständigen Aufenthalt begründen können.¹⁾

b) Das normative Merkmal "gewöhnlich"

Wenn der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfung für das Personalstatut, insbesondere für die Ehestatuten selbständig oder im Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit fungiert, so muß

1) Im Hinblick darauf, daß der gewöhnliche Aufenthalt auch selbständig als Anknüpfung verwendet wird, muß für einen hinreichenden Minderjährigenschutz gesorgt werden. Denn es kann im Interesse der Minderjährigen nicht richtig sein, daß er nur über die Grenze zu gehen braucht, um geschäftsfähig oder heiratsfähig werden zu können. Daher wäre es erwägenswert, daß der Minderjährige einen eigenen gewöhnlichen Aufenthalt nicht gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters begründen kann.

Vgl. auch Beitzke, Vorschläge u. Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 153.

er diesen Rechtsmaterien innerlich entsprechen, d.h., er muß größtmögliche Stabilität und Kontinuität aufweisen, weil gerade die auf Dauer angelegte Ehe einen häufigen Statutenwechsel nicht verträgt, und weil ein allzu leichter Mißbrauch eines Statutenwechsels verhindert werden soll. Daraus kann abgeleitet werden, daß der Kreis der den gewöhnlichen Aufenthalt begründenden Tatsachen soweit gefaßt werden muß, daß man annäherungsweise zu einer sicheren engen Bindung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts kommt.

Daher ist es gerechtfertigt, daß die einzelnen Merkmale, die von verschiedenen Seiten zur Konkretisierung des Begriffes "gewöhnlich" verwendet werden, nebeneinander vorliegen müssen.

Diese Merkmale waren: Begründung des Lebensmittelpunktes; der nicht nur vorübergehende Aufenthalt von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit, und hilfsweise der Wille, am Aufenthaltsort den Lebensmittelpunkt zu begründen, nicht nur vorübergehend zu bleiben, oder aber an den Aufenthaltsort zurückzukehren.

aa) Begründung des Lebensmittelpunktes

In Anlehnung an die objektiven Merkmale des Wohnsitzes iS § 7 BGB hat der Lebensmittelpunkt eine räumliche Komponente: Die Frage lautet: in welchem räumlichen Geltungsbereich eines Gesetzes liegt der Schwerpunkt der Existenz eines Menschen? Die Antwort darauf kann in vielen Fällen schon die sichere Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes bedeuten. So hilft es schon sehr weit, wenn man weiß, wo der größte Teil des beweglichen oder unbeweglichen Vermögens einer Person liegt, wo die Wohnung des Einzelnen oder der Familie ist, wo der Lebensunterhalt erworben wird. Jedoch der örtliche Schwerpunkt allein dürfte zur Feststellung nicht ausreichen; so, wenn je-

mand an mehreren Orten zugleich einen örtlichen Schwerpunkt seiner Lebensinteressen hat;¹⁾ aber auch in dem Fall, daß außer dem örtlichen Schwerpunkt die gesamten übrigen persönlichen Beziehungen in einem anderen Land liegen, wie es beispielsweise bei Botschaftsmitgliedern oder Entwicklungshelfern häufig der Fall sein dürfte.

Daher wird für richtig gehalten, neben dem räumlichen Schwerpunkt einen wirtschaftlich-kulturellen Schwerpunkt zu fördern, wie es Braga³⁾ vorgeschlagen hat, dem eine Anzahl anderer Autoren gefolgt sind.

Unter dem räumlich-wirtschaftlich -kulturellen Schwerpunkt ist die Gesamtheit aller persönlichen und sachlichen Beziehungen zur Umwelt zu verstehen, seien sie politischer, wirtschaftlicher oder kultureller Art; auch sprachliche Anpassung kann hierzu gezählt werden, berufliche Tätigkeit, gesellschaftliche Beziehungen, Erziehung der Kinder, Vermögensdispositionen. Das Spektrum ist breit, und diese Umschreibung des Merkmals "Lebensmittelpunkt" kann nur beispiel-

1) Es ist daher nur konsequent, daß ein mehrfacher Wohnsitz möglich ist, weil rein örtliche Beziehungen einer Person vielfältig sein können.

2) Eine Anlehnung an die objektiven Merkmale des § 7 BGB empfehlen zB Mann, JZ 56, S. 466 ff; Stoll, RabelsZ 22 (1957) S. 187; Neuhaus, Grundbegriffe S. 153 ff;

3) vgl. Braga, Wohnsitz S. 67 ff; ihm folgten: Papenfuß, gewöhnlicher Aufenthalt S. 162 ff; Kropholler, Minderjährigenschutzabkommen S. 112 (oben) und FN 91; Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 152 ff;

haft und daher unvollkommen sein.¹⁾ Andere Kriterien als die aufgezählten können jeweils nur dem Einzelfall entnommen werden, bedürfen aber einer sorgfältigen Prüfung ihrer Relevanz. Im Ergebnis muß mit Sicherheit gesagt werden können, daß die betreffende Person "in der Sozial- und Rechtsgemeinschaft eingebettet" ist.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat in Entscheidungen zu Art. 8 EGBGB und zu Art. 14 EGBGB (Namensrecht)²⁾

1) Mit Recht spricht sich Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 150 ff (153) dafür aus, daß eine nähere Kodifikation des Begriffes im Interesse der Ermittlung des wirklichen Lebensmittelpunktes nicht förderlich, sondern schädlich ist.
Gegen die Beachtung des "Zentrums der wirtschaftlichen Interessen", des Mittelpunktes der gesamten Lebensbeziehungen" kann auch nicht die kritische Argumentation Gamillschegs (vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 117, vor Art. 13) herangezogen werden, der meint, es komme soweit, daß man das Vorliegen des gewöhnlichen Aufenthaltes vom "Wetter abhängen" lasse oder davon, ob der Mann "Heimweh" hat, oder ob er wohlgemut ist. Gamillscheg geht offensichtlich nur von einzelnen Merkmalen aus, obwohl zur Ermittlung des "Lebensmittelpunktes" die Gesamtheit aller Tatsachen berücksichtigt werden muss, die eine Beziehung zur Umwelt zum Ausdruck bringen. Je größer das Angebot der Tatsachen, umso treffsicherer das Urteil.
Ohne daß Ferid, Neubürger S. 57 den Begriff 'gewöhnlicher Aufenthalt' wählte, bringt er - allerdings in Anlehnung an die Staatsangehörigkeit - alle diejenigen Kriterien beim Begriff des "organischen Zusammenhangs" zur Sprache, die auch für das Vorliegen des gewöhnlichen Aufenthaltes herangezogen werden können. Hier wie dort kommt es auf die objektiven Tatsachen an.

2) vgl. BGH vom 12.5.1971 RabelsZ 35 (1971), 741 ff;

auch zum Ausdruck gebracht, daß der "Lebensmittelpunkt" nicht nur örtlich aufzufassen ist. In der Entscheidung vom 7.12.1955²⁾ führt er aus, neben dem räumlichen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse seien es insbesondere die rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, welche gegenüber den früheren persönlichen und kulturellen Beziehungen zur Heimat das Übergewicht gewännen. In der Entscheidung vom 12.5.1971¹⁾ tritt vollends die Gesamtheit der Beziehungen zur Umwelt einer Person in den Vordergrund. Der BGH spricht von der "Anpassung an den im Aufenthaltsland geltenden Gesetzen und Gewohnheiten" und von der "Einstellung der Eheleute zu Sitte und Umwelt."

Die Forderung, daß es auf den "lebendigen" (Braga) Kontakt zur Umwelt ankomme oder auf das "Soziale Eingebettetsein", legt mE ohne weiteres nahe, daß die betreffenden Personen Bewegungsfreiheit haben müssen, wie es auch Kegel verlangt.³⁾ Ein Aufenthalt ohne Bewegungsfreiheit wird meist zur Folge haben, daß der Betreffende weder mit der Umwelt in tatsächlichen Kontakt tritt, noch an deren Recht, Sitte und Gewohnheiten teilnehmen kann, so daß von einer Integration nicht gesprochen werden kann. Daher wird jemand an Orten, wo er gegen seinen Willen festgehalten wird, aber auch dort, wo er aus Gesundheitsgründen von der Umwelt abgeschlossen wird, keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründen können.

Einen ähnlichen Gedanken hat Entholt⁴⁾ im Zusammenhang mit § 606 ZPO vorgetragen: Entholt hat angenommen, daß ein Ehemann, der in einem ostzonalen Straflager in den

1) vgl. BGH vom 12.5.1971, RabelsZ 35 (1971), 741 ff;

2) vgl. BGHZ 27, 244;

3) vgl. Kegel, IPR S. 186; ders., Soergel-Kegel, Bem. 22 zu Art. 29;

4) vgl. Entholt, NJW 1952, 292; zustimmend auch Papenfuß, Gewöhnlicher Aufenthalt S. 79;

Nachkriegsjahren inhaftiert war, keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründen konnte, weil der Häftling außerstande sei, an diesem Ort seinen rechtsgeschäftlichen Willen zu betätigen und am Rechtsverkehr teilzunehmen. Dieser Gedanke liegt ganz auf der Linie der Forderung, daß die Person in rechtlicher, wirtschaftlicher und kultureller Beziehung zu seiner Umwelt stehen muß, damit von gewöhnlichem Aufenthalt gesprochen werden kann.¹⁾

Diese beiden Merkmale kann man mE zu den Mindestvoraussetzungen eines gewöhnlichen Aufenthaltes zählen; wenn sie nicht vorliegen, kann von einer weiteren Prüfung Abstand genommen werden. Erst die allgemeine Bewegungsfreiheit und die Möglichkeit der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr machen die Umwelt einer Person zu seinem Lebensbereich.

bb) Das zeitliche Moment

Im Zusammenhang mit der zeitlichen Dauer des gewöhnlichen Aufenthaltes weist Kegel auf § 14 I, 1 SteuerAnpG vom 16.10.1934²⁾ hin, wo hinsichtlich der Zeitdauer gefordert wird, daß aus den Umständen erkennbar sein müsse, daß die Person an einem Ort nicht nur vorübergehend verweilt. Ein großer Teil der Rechtsprechung³⁾ nimmt aber die Entscheidung des Reichsgerichts⁴⁾ zum Vorbild und fordert, der Aufenthalt dürfe nicht nur vorübergehend sein, sondern müsse auch von

1) Daher dürfte der Ort der lebenslangen Zuchthausstrafe nicht als gewöhnlicher Aufenthalt angesehen werden. Anders uU im Rahmen der Zuständigkeit, da mehrfache Gerichtszuständigkeit nicht schädlich ist. Dazu Schneider, Zuständigkeit S. 147;

2) Kegel, IPR S. 186;

3) vgl. Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 106 ff, vor Art. 13; auch Papenfuß verwendet wohl im Anschluß an diese Rechtsprechung die Formel von der gewissen Dauer und Regelmäßigkeit; aaO S. 166;

4) vgl. RG 91, 288;

gewisser Dauer und Regelmäßigkeit sein. Dieser Formulierung kann zugestimmt werden. Die negative Voraussetzung "nicht nur vorübergehend" bringt zum Ausdruck, daß einerseits nicht gefordert wird, daß der Aufenthalt ständig oder dauernd sein müsse (wie zB bei § 7 BGB), daß es andererseits für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes nicht ausreicht, wenn jemand nur für eine bestimmte kürzere Dauer an einem Ort verbleibt.¹⁾

Ein Problem entsteht, wenn sich eine Person erst kurze Zeit an einem Ort aufhält; liegt gewöhnlicher Aufenthalt vor? Diese Frage muß dahingehend beantwortet werden, daß sich aus den objektiven Umständen ergeben muß, ob der Aufenthalt voraussichtlich noch längere unbestimmte Zeit (also nicht nur vorübergehend) dauern wird.

Die Frage, ob vorübergehende Abwesenheit den gewöhnlichen Aufenthalt aufhebt, kann verneint werden. Zeitweilige Abwesenheit schadet nicht. Es muß allerdings wiederum aus den objektiven Umständen ersichtlich sein, daß die Person an den Ort ihres gewöhnlichen Aufenthaltes zurückkehren wird.

¹⁾ Diesen Unterschied zu § 7 BGB stellt auch Schneider, Zuständigkeit S. 150 (mit weiteren Hinweisen) heraus.

Bei der Voraussetzung der Zeitdauer ist häufig vorgeschlagen worden, einen bestimmten Mindestzeitraum zu fordern¹⁾ oder/und (damit verbunden) eine behördliche Registrierung des Beginns und des Endes des gewöhnlichen Aufenthaltes. Beide Forderungen müssen mE aus folgenden Gründen abgelehnt werden: Die Zeitdauer gibt nicht in allen Fällen die Gewähr dafür, daß jemand in der Umwelt Fuß gefaßt, sich integriert hat.

Dazu liegt in der Festsetzung eines zeitlichen Limit immer Willkür; die Feststellung des Beginns und des Endes des Aufenthaltes wird sehr schwierig sein, wenn es darum geht, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt schon Aufenthalt bestanden hat oder nicht. Am meisten Bedenken entstehen aber daraus, daß hiermit wiederum die Ursache für eine nationale Verschiedenartigkeit der Begriffsbildung entsteht, die gerade vermieden werden soll. Hiermit würde man sich von neuem von der gewünschten Rechtsvereinheitlichung entfernen.

Gegen das Argument der behördlichen Registrierung, die den Vorteil der leichteren Nachweisbarkeit des gewöhnlichen Aufenthaltes mit sich bringen könnte, läßt sich anführen,

¹⁾ vgl. Frankenstein, projet Art. 58 (b); Reform des Code civil, dazu Batiffol, ZFRV 6 (1965), 12 ff: französisches Recht kommt zur Anwendung, wenn sich der Fremde fünf Jahre in Frankreich aufgehalten hat. Vgl. ferner die Nordischen Konventionen: 2-jähriger Wohnsitz, dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 95 vor. Art. 13. Rabel, Conflict I S. 172; zur Richtschnur könnte man die 6-Monatsfrist des Can. 92 § 2 nehmen, so auch Neuhaus, Grundbegriffe S. 154. Weitere Hinweise bei Vischer, marriage mixte S. 419 f. Im neuesten Entwurf eines Haager Abkommensbetreffend einen internationalen Erbschein ist ein zeitlich qualifizierter gewöhnlicher Aufenthalt (5-jährige Aufenthaltsdauer im Behördenstaat) vorausgesetzt. Wie oben angedeutet, mag dies bei völlig abgeschlossenen Tatbeständen berechtigt sein. Bei den dauernd im Fluß sich befindlichen andauernden Lebensverhältnissen wie der Ehe erscheint eine solche Qualifizierung nicht berechtigt. Im übrigen ist nicht zu verkennen, daß die Gefahr verschiedener nationaler Besonderheiten - im Gegensatz zu originär innerstaatlichem IPR - bei Konventionen kaum auftreten dürfte.

daß auch sie das Vorliegen des tatsächlichen Lebensmittelpunktes nicht absichern kann. Im Gegenteil, es wäre ein leichtes, sich durch die behördliche Registrierung ein "Alibi" zu verschaffen. Die Einführung einer behördlichen Registrierung würde auch, worauf Ferid hinweist,¹⁾ ein engherziges, "bürokratisches Meldesystem" notwendig machen, wie es während des Krieges bestand oder in Zeiten, in denen man von einer echten Freizügigkeit weit entfernt war.

2. Subjektive Merkmale des gewöhnlichen Aufenthaltes

Oben ist darauf hingewiesen worden, daß der gewöhnliche Aufenthalt einer Person nie durch Dritte Personen begründet werden kann, mit der Folge, daß auch Minderjährige einen eigenen selbständigen Aufenthalt begründen können müssen. Dies wirft die Frage nach dem Charakter des subjektiven Moments auf. Daß bei der Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes ein subjektives Moment nötig ist, ist nicht bestritten. Mit der hM ist davon auszugehen,²⁾ daß es sich hierbei um einen natürlichen Willen handeln muß.³⁾ Jedoch wird man vorwiegend den objektiven Umständen entnehmen, daß der Aufenthalt auch mit Aufenthaltsbegründungswillen begründet

- 1) vgl. Ferid, Neubürger, S. 48;
- 2) vgl. dazu auch Papenfuß, gewöhnlicher Aufenthalt S. 167 ff; vgl. Streitstand auch bei Schröder, Zuständigkeit S. 145 FN 333;
- 3) vgl. zB Papenfuß, aaO S. 169; auch Nagel, RabelsZ 22 (1957) S. 184; Papenfuß ist allerdings der Ansicht, daß ein entgegenstehender Wille der Eltern bei Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes durch einen Minderjährigen nicht beachtlich sei. Dies wird aus Gründen des Minderjährigenschutzes für bedenklich gehalten. Denn es kann im Interesse des Minderjährigen nicht richtig sein, daß er nur über die Grenze zu gehen braucht, um geschäfts- oder heiratsfähig zu werden. Daher wäre es erwägenswert, daß der Minderjährige einen eigenen gewöhnlichen Aufenthalt gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters nicht begründen kann. So auch Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 152, Hinweise FN 18.

wurde¹⁾. Jedenfalls kann jemand nicht auf seinen Willen verweisen, wenn die faktischen Verhältnisse dem Willen nicht entsprechen. Bei Widerspruch von Faktum und Anjus gelührt dem Faktum der Vorrang. Wenn daher die tatsächliche Situation eindeutig auf den Lebensmittelpunkt einer Person schließen läßt, so kann sie mit der Einwendung, es gefalle ihr an diesem Ort nicht, sie komme mit den Leuten nicht zurecht, nicht gehört werden. Es muß verhindert werden, daß die Person durch subjektive Willkür auf die Anknüpfungstatsachen allzu großen Einfluß nimmt. Es geht nicht an, über die Wahl des gewöhnlichen Aufenthaltes in Wirklichkeit für die uneingeschränkte Parteiautonomie das Wort zu reden.

Entsprechendes gilt für das Problem der vorübergehenden Abwesenheit mit dem Willen, an den alten gewöhnlichen Aufenthalt zurückzukehren. Auch hier ist primär auf die objektiven Verhältnisse abzustellen. Ergibt es sich objektiv, daß die Person immer wieder zu ihrem Lebensmittelpunkt zurückkehrt und voraussichtlich zurückkehren wird, so ist ein entgegensehender Wille unbeachtlich.

Gewisse Relevanz kommt dem natürlichen Willen allerdings dann zu, wenn von den objektiven Umständen zu Beginn des Aufenthaltes nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, daß sich hier künftig auch der Lebensmittelpunkt einer Person entwickeln wird. Hier dürfte es ausnahmsweise zulässig sein, auf den Willen vorrangig abzustellen; allerdings auch wieder unter der Voraussetzung, daß gewisse Ansätze zur Begründung eines künftigen Lebensmittelpunktes deutlich sichtbar sind. Hier gilt der Grundsatz: je deutlicher die objektiven Um-

¹⁾ So jetzt auch Neuhaus, RabelsZ 35 (1971), 394 (gegen seine Ansicht in Grundbegriffe S. 152!)

stände auf einen künftigen Lebensmittelpunkt schließen lassen, umso weniger darf dem natürlichen Willen Beachtung geschenkt werden.¹⁾

3. Verhältnis der Merkmale zueinander

Für das Verhältnis der angeführten Merkmale zueinander gilt die kumulative Anwendung der Merkmale. Sie können aber in verschiedener Intensität gegeben sein, wobei das Weniger bei einem Merkmal durch das Mehr eines anderen aufgewogen werden muß: Je länger ein Aufenthalt dauert, umso weniger fällt der Wille ins Gewicht. Je mehr gesellschaftliche Beziehungen eine Person vorweisen kann, umso geringere Anforderungen können an das zeitliche Moment gestellt werden; je mehr Familienmitglieder einer italienischen Familie am Arbeitsplatz des Vaters wohnen und dort in die Schule gehen oder auch einen Beruf ausüben, umso weniger braucht auf die sonstigen gesellschaftlichen Beziehungen abgestellt werden. So sind die einzelnen Kriterien - insbesondere der Wille - nicht schlechthin notwendige, aber auch nicht schlechthin entbehrliche Begriffsbestandteile.²⁾

1) Daraus folgt, daß allgemein ein besonderer Gewöhnlicher Aufenthaltsbegründungs- beibehaltungswille oder gar die Absicht, an einem Ort den Lebensmittelpunkt einrichten zu wollen, nicht gefordert wird, ja sogar uU unbeachtlich ist. Dies betont auch Schröder, Zuständigkeit S. 145 ff; de Winter, Nationality S. 430;

2) vgl. Schröder, Zuständigkeit S. 145 ff;

4. Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes: Mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt?

Indem beim gewöhnlichen Aufenthalt der Schwerpunkt der Beurteilung auf dem Vorliegen des Lebensmittelpunktes liegt, ist zugleich eine weitere Entscheidung gefallen: daß es jeweils nur einen absoluten gewöhnlichen Aufenthalt geben kann.¹⁾ Insofern unterscheidet sich der gewöhnliche Aufenthalt wiederum von dem Wohnsitz iS § 7 BGB. Er unterscheidet sich aber auch von der Zuständigkeitsanknüpfung bei § 606 b ZPO. Die Erklärung heißt: Nur ein bestimmtes Recht ist nötig, mehrere Zuständigkeiten sind möglich und sogar vorteilhaft.²⁾

Wenn bei § 7 BGB angenommen wird, es gebe zugleich mehrere Wohnsitze, so rührt das von dem primär örtlichen Verständnis des Wohnsitzes her. Nachdem aber ein ganzes Bündel von Beurteilungskriterien herangezogen wird, dürfte der Richter keine Schwierigkeiten mehr haben, den absoluten Lebensmittelpunkt herauszufinden. Daß in diesem Sinne "die Beziehungen zu zwei Rechtsordnungen gleich stark erscheinen, ist graue Theorie!"³⁾

Die Notwendigkeit dieser Entscheidung ergibt sich aus der Verweisungsfunktion der Anknüpfung im IPR: die anzuwendende Rechtsordnung soll eindeutig bestimmt werden, ein "inter-

1) Auch Haager Minderjährigenschutzabkommen, oben S. 204
Schwind, ZFRV 12 (1971), 203;

2) ebenso Schröder, Zuständigkeit S. 162;

3) vgl. Stoll, RabelsZ 22 (1957) S. 190, dem insoweit zuzustimmen ist. Vgl. auch Kropholler, Minderjährigenschutzabkommen S. 112 ; Neuhaus, Grundbegriffe S. 153;

nationaler Sachverhalt soll nationalisiert" werden.¹⁾ Würde man auf die Einmaligkeit des gewöhnlichen Aufenthaltes keinen Wert legen, entstünden von neuem Schwierigkeiten wie bei der mehrfachen Staatsangehörigkeit, wo mit dem gewöhnlichen Aufenthalt geholfen werden soll.

Durch die Entscheidung für den "absoluten Lebensmittelpunkt" der Person ist aber auch das Problem des Wechsels des gewöhnlichen Aufenthaltes nahezu gelöst: der Satz, es gibt jeweils nur einen Lebensmittelpunkt einer Person, lautet umgekehrt: Es gibt nicht zugleich mehrere gewöhnliche Aufenthalte einer Person. Dies bedeutet aber für die Aufhebung und die Neubegründung des gewöhnlichen Aufenthaltes: der frühere gewöhnliche Aufenthalt wird nur aufgehoben, wenn eindeutig feststeht, daß ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet ist: solange lebt der frühere gewöhnliche Aufenthalt fort.²⁾ Daß jemand seine gesamten Habseligkeiten in einen Koffer packt, die Wohnung aufgibt, alle Brücken zu seinem früheren Leben abbricht und mit einem unbestimmten Ziel monate- oder jahrelang in verschiedenen Ländern umherzieht, dürfte auch selten vorkommen. In diesem Fall müßte der letzte feststellbare gewöhnliche Aufenthalt beachtet werden, da ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt nicht begründet ist.

Hier ist der rechtspolitische Gedanke nicht zu übersehen: ein rechtlicher Schwebezustand soll möglichst vermieden werden.

¹⁾ vgl. zB Steindorff, Sachnormen S. 1; der sich allerdings zu diesem Satz kritisch äußert (auf anderen materiellen Gebieten!) Bejahend: Neuhaus, Grundbegriffe S. 103 ff (106); Zum Problem des "Konfliktminimus" vgl. Zweigert, Ftschr. Raape S. 50 mit Hinweis auf Wengler, ZöfFR 23 (1944), 473 ff, 501.

²⁾ Das Zweite Restatement sagt in § 11: "every person has a domicile at all times and ... no person has more than one domicile at a time". ME würde die Übernahme dieses Satzes in den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes von großem Wert sein. Die Stabilität und Kontinuität wäre in großem Maße verwirklicht.

5. Einzelfälle

a) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten

Auf dem Gebiet des internationalen Eherechts stößt man auf die Besonderheit, daß man - aus Gesichtspunkten des einheitlichen Familienstatutes - auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten abstellen muß. Die Forderung eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes ergab sich aus der Überwindung der Ungleichbehandlung von Mann und Frau im Kollisionsrecht und aus der Notwendigkeit, ein einheitliches Familienstatut zu schaffen.

Die Schaffung eines einheitlichen Familienstatutes wird auch im Ausland bejaht. So trifft man in der internationalen Rechtsprechung und Literatur auf eine Reihe von Bezeichnungen, die auf ein einheitliches Familienstatut hinweisen: "Zentrum der Ehehichen Existenz", "soziale Einbettung der Ehe", "centre effectif des époux", "établissement effectif du ménage", "home permanente", "société, dans laquelle les époux vivent", "centre principale des affaires de la famille". Alle diese Bezeichnungen wollen eines aussagen: den absoluten Lebensmittelpunkt der Ehe oder der Familie.

Besonders Vischer¹⁾ hat darauf aufmerksam gemacht, daß im Bereich der persönlichen Ehewirkungen, dem ehelichen Güterrecht und der Ehescheidung von einem einheitlichen Familienstatut ausgegangen werden soll. So müsse das Recht des Ortes zur Anwendung gelangen, in dem das Zentrum der ehelichen Existenz liegt.

Das Merkmal "gemeinsam" bringt aber doch einige Fragen mit sich: Bezüglich des tatsächlichen körperlichen Aufenthaltes

¹⁾ vgl. Vischer, mariage mixte, S. 421 ff; unter Hinweis auf Schnitzer, der ebenfalls großen Wert auf die Schaffung eines einheitlichen Familienstatutes legt, IPR, 4. Aufl., S. 370; auch Lüderitz, FamRZ 70, 173 betont die Bildung eines einheitlichen Familienstatutes.

wird man nicht fordern müssen, daß beide Ehegatten am selben Ort sich aufhalten. Es dürfte ausreichend sein, wenn sie im selben Land Aufenthalt haben. Ähnlich wird man bei der Frage des gemeinsamen Lebensmittelpunktes entscheiden müssen: Grundsätzlich wird man zwar auf den gemeinsamen örtlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Schwerpunkt beider Ehegatten in derselben Umwelt abstellen müssen. Es soll aber ausreichen, daß beide Ehegatten einen verschiedenen absoluten Lebensmittelpunkt in derselben gemeinsamen Rechtsordnung haben. Sie müssen demnach nicht zusammenwohnen, einen gemeinsamen Haushalt haben oder gemeinsame Bekannte und Freunde. - Daher erscheint folgende Formulierung geeigneter, den Zweck des Familienstatutes zum Ausdruck zu bringen: es kommt auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten im Bereich derselben (ihnen gemeinsamen) Rechtsordnung an.¹⁾

Zugunsten der Erhaltung eines einheitlichen Familienstatutes könnte man sogar einen Schritt weiter gehen:²⁾ für den Fall, daß ein Ehegatte willkürlich die eheliche Wohnung verläßt und sich im Bereich einer anderen Rechtsordnung niederläßt, der andere aber am Ort der ehelichen Wohnung zurückbleibt, könnte man annehmen, daß der Mittelpunkt der ehelichen Existenz dort weiterbesteht, wo der verlassene Ehegatte zurückgeblieben ist, und wo sich bisher das eheliche Leben abgespielt hat. Dabei handelt es sich nicht nur um eine Fiktion, sondern die tatsächlichen Umstände dürften der begrifflichen Konstruktion entsprechen. Der zurückbleibende Ehegatte wartet vielleicht auf die Rückkehr des anderen; die bisher bestehende Integration der Familie wird nicht dadurch unterbrochen, daß willkürlich ein Ehegatte ausreißt.

1) vgl. auch für das Adoptionsabkommen, Maul (Rapport), Actes et Doc., 10. Sess. 1964, Bd. II S. 420. Ficker, RabelsZ 30 (1966), 623. Vgl. auch in der französischen Rspr. den Fall "Tarwid", Civ. v. 15.5.1961, Rev.crit. 50 (1961), 547 und die darauf folgende Rechtsprechung in Frankreich. Dazu näher: Poisson, Ned.T.Int.R. 19 (1972), 248 ff.

2) Diesen Vorschlag macht auch Vischer, mariage mixte S. 421 f.

So würde der gewöhnliche Aufenthalt der Familie weiterhin in Deutschland sein, auch wenn der Mann vor Jahren nach Griechenland gereist und nicht zurückgekehrt ist, während die Frau mit ihren Kindern hier zurückgeblieben ist. Der Mittelpunkt der ehelichen Existenz einer englisch-deutschen Familie würde weiterhin in London sein, auch wenn die Frau plötzlich die Koffer packt, mit ihren Kindern in die Bundesrepublik zu ihren Eltern reist und dort vorträgt, die Ehe mit ihrem Mann sei unerträglich gewesen.

Dieser Vorschlag hat den Vorzug, daß das einheitliche Familienstatut (bei sonst gleichbleibenden Tatsachen) wenigstens bis zur Ehescheidung erhalten bleibt. Der zurückbleibende Ehegatte würde vor fraudulöser Einflußnahme auf die Anknüpfungstatsachen seitens des verlassenden Ehegatten geschützt werden, ein Gedanke, der bereits im geltenden Art. 14 II zum Ausdruck kommt. Diese Lösung hätte aber auch den Vorteil, daß viele Fälle nicht mit Hilfsanknüpfungen einer maßgeblichen Rechtsordnung zugeführt werden müssen, und daß der Grundsatz der "engsten Beziehung" weiterhin gewahrt bleibt.

Wo bei Beginn der Ehe der künftige Ehemittelpunkt (zB in Art. 15 bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten) angenommen werden kann, entscheiden wiederum die objektiven Tatsachen. Falls sich an einem Ort nur schwache Anzeichen dafür ergeben, daß dort künftig der eheliche Mittelpunkt sein soll, so ist wiederum hilfsweise auf den Willen der Ehegatten abzustellen. Können sie sich nicht einigen, so ist ihnen nicht zu helfen, ein gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten existiert nicht. Je deutlicher die objektiven Anzeichen werden, umso mehr tritt der Wille der Ehegatten in den Hintergrund.

b) Andere Einzelfälle

Bei verheirateten Soldaten kommt es nicht auf den Standort ihrer Einheit an, sondern ebenfalls auf den Ort der ehelichen Wohnung oder der Wohnung der Eltern.³⁾ Ebenso fällt die Entscheidung aus im Verhältnis Wohn- und Arbeitsort.¹⁾ Haben die Ehegatten verschiedene Arbeitsorte in verschiedenen Ländern und haben sie nur während der Wochenenden und während des Urlaubs die Möglichkeit, in einem Hotelzimmer zusammenzuleben, dann dürfte der Ort des Zusammentreffens auch gewöhnlicher Aufenthaltsort der Ehegatten sein, wenn dieser Zustand bereits länger andauerte und noch länger dauern wird. - Ein Ägypter, der mit einer deutschen Studentin verheiratet ist und in Stuttgart wohnt, teilt mit seiner Frau solange keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, solange er jeden Tag damit rechnen muß, daß er von der Ausländerpolizei abgeschoben wird.²⁾ Hier würde es an dem Merkmal "nicht nur vorübergehend" fehlen.

Wird dagegen einem bestimmten Personenkreis die Ausreise aus einem Land verweigert, so muß gewöhnlicher Aufenthalt angenommen werden, auch wenn die Verbindung zur Umwelt nur mehr oder weniger bereitwillig aufrechterhalten wird. Aber die kürzere oder längere Verbüßung einer Freiheitsstrafe ist wegen des mangelnden Kontaktes zur Außenwelt und wegen der mangelnden Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr nicht als gewöhnlicher Aufenthalt anzusehen. So begründen Entwicklungshelfer, die in einem Krisenherd in Gefangenschaft geraten und Jahre auf ihre Freilassung warten, keinen gewöhnlichen Aufenthalt am Ort ihrer Gefangenschaft.

1) vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 109 vor Art. 13 mit weiteren Hinweisen.

2) vgl. Beispiel bei Schröder, Zuständigkeit S. 149;

3) vgl. Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht (IPG) 1970, Tübingen 1972, Gutachten Nr. 37, S. 368: (Gewöhnlicher Aufenthalt wurde hier wohl zu Unrecht abgelehnt, da der pensionierte Soldat seinen Lebensabend in der BRD verbringen wollte!) vgl. auch IPG 1971, Gutachten Nr. 39, S. 386; hier geht es allerdings um das "domicil of choice"!

6. Auslegung des Begriffes

Vorab sei festgestellt, daß es sich bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale nicht um ein Qualifikationsproblem, sondern um die Auslegung des innerstaatlichen Begriffes des gewöhnlichen Aufenthaltes handelt.¹⁾

Da der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes in einer inländischen Verweisungsnorm gebraucht wird, wird nach deutschem Recht ausgelegt. Hierbei können Erkenntnisse, die durch Rechtsvergleichung gewonnen wurden, in die Auslegung eingebracht werden. Entscheidend ist aber, wie die inländische Rechtsprechung und Lehre den Begriff auslegt.²⁾ Für die Auslegung ist daher die lex-fori maßgeblich.

7. Vorzüge des gewöhnlichen Aufenthaltes

Zuletzt ist allgemein auf die Vorzüge der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt einzugehen.

Das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes ist sehr oft (nicht immer) identisch mit der lex-fori: zB häufig dann, wenn die betreffende Rechtsmaterie hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit nach dem gewöhnlichen Aufenthalt geregelt wird.³⁾

Die Identität der lex-fori mit dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes hat auch Folgen für die Qualität der Rechts-

1) dazu statt aller: Neuhaus, Grundbegriffe S. 66;

2) heute hM, vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 110 vor Art. 13; Braga, Wohnsitz S. 65; Bei der Auslegung der Staatsangehörigkeit gilt ein anderer Satz: Die Auslegung der Staatsangehörigkeit erfolgt aus der Sicht des Staates, dessen Staatsbürgerschaft der Betreffende seiner Behauptung nach hat.

3) dann zB nicht, wenn ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt angenommen wird. Insgesamt dazu zB Schröder, Zuständigkeit S. 162 ff; Neuhaus, Grundbegriffe S. 149;

findung: die Entscheidung kann schneller, billiger und qualitativ uU besser sein.¹⁾ Es besteht auch die Aussicht, daß die getroffene gerichtliche Entscheidung einfacher und schneller durchgeführt werden kann.

1) Auf diesen Punkt wird heute insbesondere in der modernen Reformliteratur hingewiesen. Dazu zB de Winter, Nationality S. 409 f; Elke Suhr, Personalstatut S. 94 - 98; Flessner RabelsZ 34 (1970) S. 578; Wiethölter, Ordre public S. 142; "Richter kennen eigenes Recht besser!"

Drittes Kapitel - Einzelheiten zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei Einführung in die Art. 13 bis Art. 17. Neu entstehende Probleme. Sein Einfluß auf die allgemeinen Fragen des internationalen Privatrechts

§ 1 Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei Staatenlosen, Flüchtlingen, Mehrstaatern und Angehörigen von Mehrrechtsstaaten. Verschiedene Staatsangehörigkeit.

I. Staatenlose

Die oben dargestellten Anknüpfungsschwierigkeiten bei Staatenlosen sind bereits durch die Neufassung des Art. 29 EGBGB bereinigt worden.¹⁾ In einer neuerlichen Arbeit über die Anknüpfung bei Staatenlosen hat Beitzke den Versuch gemacht, die Staatenlosen nach den Gründen der Staatenlosigkeit zu unterscheiden, oder die Rechtsverhältnisse der Staatenlosen nach einzelnen Rechtsmaterien aufzuspalten und danach jeweils eine andere Anknüpfung zu wählen. Er kam aber zu Recht zu dem Ergebnis, daß eine besondere Behandlung der verschiedenen Fälle der Staatenlosigkeit oder der einzelnen Rechtsmaterien nicht angebracht sei. Vielmehr sei ein Abgehen von Art. 29 nF EGBGB unnötig und unzweckmäßig und würde für die Praxis nur neue Belastungen mit sich bringen.

Auch für den Fall, daß der Mann Staatenloser, die Frau aber Angehörige eines Staates ist, dürfte die Regel des Art. 29 nicht zugunsten der Staatsangehörigkeitsanknüpfung durch-

¹⁾ vgl. im einzelnen zu Art. 29 Soergel-Kegel, Art. 29;

²⁾ vgl. Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 144;

brochen werden, weil eine solche Entscheidung willkürlich wäre: Wie bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten, stehen zwei gleichwertige Rechtsordnungen zur Wahl, deren Anwendbarkeit vom Vorliegen des gewöhnlichen Aufenthaltes abhängt. Halten sich die Ehegatten im Staat des Ehemannes auf (als der Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes), so kommt dieses Recht zur Anwendung, halten sie sich im nationalen Staat der Frau auf, so ist das gewöhnliche Aufenthaltsrecht zugleich auch das nationale Recht der Frau und kommt zur Anwendung.

Für den Fall, daß kein (gemeinsamer) gewöhnlicher Aufenthalt vorliegt, ist an den einfachen Aufenthalt anzuknüpfen, Art. 29 EGBGB.

II. Flüchtlinge und vergleichbare Personengruppen

1. Sonderbestimmungen bei Flüchtlingen

Oben ist aufgezeigt worden, daß Flüchtlinge idR kein materielles Band zu ihrer früheren Rechtsgemeinschaft mehr unterhalten, so daß die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nur formell wäre.

Diesem Sachverhalt haben in den Nachkriegsjahren eine Reihe Sondervorschriften Rechnung getragen, die die persönlichen Rechtsverhältnisse der betreffenden Personen an den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpften. Diese Vorschriften gehen als *lex specialis* den allgemeinen EGBGB-Vorschriften vor.¹⁾

2. Gesetz über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen v. 4.8.1968 ²⁾

Dieses Gesetz regelt das eheliche Güterrecht einer eng umgrenzten Personengruppe:³⁾ Das BGB soll zur Anwendung kommen, wenn beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben. Hiermit wird ein fremdes Personalstatut des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung außer acht gelassen:⁴⁾ durch geregelte Überleitungsvorschriften wird der bisherige Güterstand (entsprechend dem Personal-

-
- 1) vgl. oben S. 92 FN 2 mit weiteren Hinweisen. Neuestens hat sich Beitzke, Gutachten und Vorschläge, Personen-/Sachenrecht S. 154 ff mit diesen Problemen auseinandergesetzt. Vgl. dazu auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 135 ff vor Art. 13;
- 2) vgl. dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 108 ff zu Art. 15 mit Hinweiser
- 3) hierzu auch Staud.-Gamillscheg, aaO; ferner Herz, DNotZ 1970, S. 137 ff, der die Konkurrenz der möglichen Rechte darstellt.
- 4) Falls nicht schon wegen Art. 9 II Nr. 5 FamRÄnG Deutsches Recht zur Anwendung kommt.

statut des Mannes zZt. der Eheschließung) in die entsprechenden Güterstände des BGB "einmalig" umgewandelt. Oben wurde gezeigt, daß sich die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt aus der Besonderheit der vermögensrechtlichen Lage der Flüchtlinge heraus erklären läßt. Es ist daher ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß nur ausnahmsweise vom dem allgemein geltenden Statut des Art. 15 EGBGB abgewichen worden sei.

Es fragt sich aber, ob der Gedanke dieses Gesetzes nicht auf diejenigen Flüchtlinge auszudehnen ist, die entweder nicht zu dem eng umgrenzten Personenkreis des § 1 dieses Gesetzes gehören (Internationale Flüchtlinge)¹⁾ oder die nicht in der Bundesrepublik, sondern in einem anderen Staat ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt eingenommen haben. Dies würde bedeuten, daß man den persönlichen Geltungsbereich ausweiten müßte, aber auch, daß dieses Gesetz zu einer allseitigen Kollisionsnorm erweitert werden müßte. Man könnte man dies mit gutem Grund zulassen: die Situation der übrigen Flüchtlinge ist vergleichbar mit derjenigen, die bei dem geregelten Personenkreis Ursache für die gesetzliche Regelung war. Hiermit verstößt man auch nicht gegen den Ausnahmecharakter dieses Gesetzes. Allerdings muß zugegeben werden, daß in diesem Fall einmaliger Wandelung Schwierigkeiten bezüglich der Überleitungsvorschriften auftauchen werden. Dies müßte aber durch Aufstellung allgemeiner Überleitungsgrundsätze zu bewältigen sein.²⁾

1) Soweit nicht schon Art. 12 des Genfer Flüchtlingsabkommens zur Anwendung kommt. Dies ist nicht der Fall, wenn die Ehe zB vor der Flucht geschlossen worden ist.

2) Auch Kegel, IPR S. 321 und Herz aaO wollen diesen Weg gehen. - Staud. Gamillscheg, Bem. 113 vor Art. 15 stellt solche allgemeinen Leitsätze auf. Diesem Problem kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes auch dann maßgeblich ist, wenn nur einer der Ehegatten Flüchtling oder Vertriebener ist, so daß hier evtl. das Heimatrecht des anderen Ehegatten zur Anwendung kommen könnte.¹⁾ Hier gilt aber dasselbe, wie bei den Staatenlosen (nur ein Ehegatte ist staatenlos): es wäre willkürlich, hier ausnahmsweise wieder auf die Staatsangehörigkeit abzustellen. Daher gilt auch in diesem Fall das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten. Um die Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatutes zum Ausdruck zu bringen, muß auf den ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten nach der Flucht abgestellt werden.

3. Die den Flüchtlingen (is der Sonderbestimmungen) vergleichbaren Personengruppen

Oben wurde auch festgestellt, daß es dem Kreis von Personen, die materiell in einer vergleichbaren Situation wie die in den Sonderbestimmungen aufgezählten Personengruppen stehen, nicht zugemutet werden kann, daß sie nach den allgemeinen Kollisionsnormen des EGBGB behandelt werden. Wie im österreichischen Entwurf erwähnt ist, ist es nicht tragbar, Personen an ihr Heimatrecht zu binden, die, "wie es das von extremen politischen Spannungen erfüllte gegenwärtige Leben mit sich bringt" aus "politischen oder religiösen Überzeugungen mit ihrem bisherigen Heimatrecht brechen und versuchen, in anderen Teilen dieser Welt ihren Überzeugungen gemäß zu leben."²⁾

1) vgl. auch Herz, aaO.

2) vgl. Schwind, ZFRV 12 (1971) S. 204; er führt meist (auch umgekehrt) Flüchtlinge im Ost-West-Gefälle an, ferner Fälle, in denen eine Grenze durch einen ehemals einheitlichen Staat verläuft, wie zB BRD/DDR; Korea, China, Vietnam. Es kann auch vorkommen, daß jemand in seiner Heimat wegen Hochverrates, Spionage oder Fahnenflucht verurteilt ist und nicht mehr wagt, in die Heimat zurückzukehren. In diesen Fällen könnte die Zugehörigkeit zu einer solchen Fallgruppe angenommen werden.

Daher ist es mE auch in diesen Fällen angebracht, die Sondervorschriften der internationalen Flüchtlinge analog anzuwenden und an den gewöhnlichen Aufenthalt, bei Ehegatten an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt anzuknüpfen. Im Bereich des Art. 15 gilt entsprechendes wie bei den dort behandelten Personengruppen: es kommt auf den ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach dem Verlassen der Heimat an.

Fehlt es trotz der weiten Ausdehnung des gewöhnlichen Aufenthaltsbegriffes¹⁾ an einem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, muß eine Hilfsanknüpfung gefunden werden. Ob hierbei - entsprechend wie bei Art. 29 EGBGB - der einfache Aufenthalt die richtige Anknüpfung darstellt, muß bezweifelt werden: die engste Beziehung einer Rechtsordnung entsprechend der typischen Funktion einer Sachnormengruppe, braucht damit nicht verbunden zu sein.²⁾

1) vgl. oben S. 233;

2) Die Festlegung der Hilfsanknüpfungen fällt nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Es werden im folgenden nur Möglichkeiten aufgezählt; eine abschließende Stellungnahme ist wegen der Komplexität der Materie nicht zu erwarten.

III. Mehrstaater

Im Gegensatz zu der Ansicht Beitzkes,¹⁾ man müsse bei der Wahl der Anknüpfung sowohl die verschiedenen Ursachen der mehrfachen Staatsangehörigkeit wie die Verschiedenartigkeit der Rechtsverhältnisse berücksichtigen, soll hier im wesentlichen der von Ferid wieder aufgenommenen und weiter ausgebauten Lehre von der "Schwerpunktstaatsangehörigkeit" in Gestalt der Lehre vom "organischen Zusammenhang" gefolgt werden.²⁾

1. Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthaltes in Verbindung mit einer Staatsangehörigkeit

Es soll nicht der (generalklauselartige) "organische Zusammenhang" mit einem Heimatrecht über deren Anwendbarkeit entscheiden, sondern der - inhaltlich verwandte - gewöhnliche Aufenthalt des (der) Mehrstaater(s), wenn er in einem der nationalen Staaten der betreffenden Person liegt.³⁾ Hier, wo die Staatsangehörigkeit materieller Ausdruck des engsten Bandes zu einer Rechtsordnung ist, hat der gewöhnliche Aufenthalt nur die Funktion, unter den zur Wahl anstehenden Rechtsordnungen

1) vgl. Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 183. Beitzke unterscheidet nach den Gründen der mehrfachen Staatsangehörigkeit und nach den Rechtsverhältnissen. Er empfiehlt, eine generelle Kodifikation nicht vorzunehmen, sondern die Entscheidung dem Einzelfall zu überlassen, und die jeweils engste Beziehung aus den konkreten Gegebenheiten zu schließen.

2) Ferid, Neubürger S. 53 ff; 57; noch Beitzke, JZ 59, 123; Neuhaus, Grundbegriffe S. 143; Ferid, RabelsZ 23 (1958) 498 ff, (508);

3) Neuestens, BGH v. 20.12.1972, FamRZ 1973, 130 ff (142). Im Bereich des Haager Minderjährigenschutzabkommens: "Die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates hat im Fall der Doppelstaatsangehörigkeit den Vorrang".

die maßgebliche zu bezeichnen. Der gewöhnliche Aufenthalt soll selbst dann den Ausschlag geben, wenn bei Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit eine gemeinsame Staatsangehörigkeit vorliegt, und der gewöhnliche Aufenthalt in dem Staat liegt, der den Ehegatten nicht gemeinsam ist. Daß die Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts nicht die engste Beziehung zur anwendbaren Rechtsordnung zum Ausdruck bringen muß, zeigt der Fall des BayObLG vom 31.7.1971.¹⁾

Die Entscheidung, daß der gewöhnliche Aufenthalt mit einem der Heimatrechtsstaaten zusammenfallen muß, beruht auf dem Gedanken, daß bei statusbegründenden (Eheschließung) und dabei statusaufhebenden (Ehescheidung) Akten ein möglichst weitgehender Entscheidungseinklang herbeigeführt werden soll, und daß kein hinkendes Rechtsverhältnis entsteht. Im Bereich des Art. 14 ergibt sich diese Forderung daraus, daß die Ehwirkungen mit der Ehescheidung in einem engen Zusammenhang stehen: eine Ehe kann nicht aus Gründen geschieden werden, die während der Ehe keinen Eheverstoß darstellen. Stimmt der gewöhnliche Aufenthalt der betreffenden Person (der Ehegatten) mit einer ihrer Staatsangehörigkeiten überein, so entsprechen die Rechtsverhältnisse dieser Personen (der Ehegatten) wenigstens dem Recht dieses Staates.

1) vgl. oben S. 74 FN 2; Staud.-Gamillscheg, Bem. 161 vor Art. 13 will im Bereich der persönlichen Ehwirkungen die gemeinsame ausländische Staatsangehörigkeit der Ehegatten vor der inländischen anwenden, ohne auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten abzustellen; dagegen soll die inländische Rechtsordnung trotz gemeinsamer ausländischer Staatsangehörigkeit anwendbar sein, wenn die Ehegatten im Inland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Demgegenüber wird häufig vorgeschlagen¹⁾, das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes unabhängig von dem Heimatstaat eines Ehegatten als "neutrales" Recht zur Anwendung zu bringen.

Diesem Vorschlag sind aus mehreren Gründen Bedenken entgegenzuhalten: Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb eines Heimatstaates der Ehegatten würde häufig dazu führen, daß bei statusbegründenden und statusaufhebenden Akten wie der Eheschließung und der Ehescheidung wiederum verhindert wird, daß das Minimum an Entscheidungseinklang mit einem der Heimatrechte erhalten bleibt, so daß eine Anzahl hinkender Ehen und hinkender Scheidungen entstehen werden, die von den Heimatstaaten, aber auch von dritten Staaten möglicherweise nicht anerkannt werden. Zweitens würde diesen Rechtsnormgruppen eine Anknüpfung zugeteilt, die ihrer Funktion als Dauertatbestände grundsätzlich nicht entspricht und daher die Gefahr innerer Disharmonien hervorruft. Betrachtet man bei Mehrstaaten den Grund für die Wahl des gewöhnlichen Aufenthaltes, so zeigt sich, daß er unter den grundsätzlich gleichwertigen Heimatrechten nur die schließlich maßgebende Rechtsordnung bezeichnen soll. Da bei Ehen mit Mehrstaaten zugleich eine staatsangehörigkeitsrechtliche Mischehe vorliegt, so gilt hier entsprechendes: Würde man den gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb eines der Heimatrechte gelten lassen, würde man weit über das Ziel der Herstellung der Gleichberechtigung hinausschießen: Es kam darauf an, unter den verschiedenen gleichwertigen Heimatrechten dasjenige zur Anwendung zu bringen, in dessen Bereich der Schwerpunkt der Ehe liegt.

¹⁾ vgl. zB Deutscher Rat für IPR, in: Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 2: Ehwirkungen, § A Ziffer 1-6; Noch extremer, Kegel, IPR S. 313; Braga, MDR 52, 266 (1968); ferner: 3. Französischer IPR-Entwurf, Artt. 2294 f, ZFRV 12 (1971), 252; Art. 52 des neuen port. ZGB v. 25.11.1965. RabelsZ 32 (1968), 521; Institut de Droit international, Resolution von Siena (1952), Annuaire 44 II (1952), 110; Sitzung Granada (1956), Ann. Inst.dr.int. 46 (1956), 126;

Dagegen kann nun eingewendet werden, daß man dann, wenn die Ehegatten keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Heimatrechte haben, doch zu einer Hilfsanknüpfung schreiten müsse, die mit keinem der Heimatrechte der Ehegatten übereinstimmt. Dem kann folgendes entgegengehalten werden: Wird in diesem Fall an eine abschließende Hilfsanknüpfung angeknüpft,⁴⁾ so besteht die Möglichkeit, daß Übereinstimmung mit einem Heimatrecht gegeben ist; daß eine ausreichend feste Bindung zum maßgeblichen Recht aufgrund der Zuständigkeitsanknüpfung besteht, und vor allem, daß die Parteien wissen, woran sie sind. Die oben erwähnte Rechtssicherheit und Berechenbarkeit wäre in großem Maße gewährleistet. Bejaht man dagegen die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb eines Heimatrechtes der Ehegatten, so muß man sich selber treu bleiben und weitere (u.U. verwirrende) Hilfsanknüpfungen¹⁾ suchen, die häufig nicht die Gewähr einer engen Beziehung zur anzuwendenden Rechtsordnung geben werden und mehr oder weniger zufällig sein können. Darüber hinaus bringen sie ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit mit sich, was bis zu einem Verstoß gegen Art. 20 III GG führen kann.

2. Art. 13 EGBGB

Bei Art. 13 sollte dasjenige Recht zur Anwendung kommen, in dem der Mehrstaater zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Daß die Ehe auch mit dem Recht der übrigen Staaten übereinstimmt, denen er angehört, ist nicht erforderlich.²⁾ Wohnt der (die) Verlobte in einem dritten Staat, versagt die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt. Kegel³⁾ hat für diesen Fall eine

- 1) vgl. zB Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 2: Ehewirkungen § A Ziff. 1 - 6; Noch extremer: Kegel, IPR S. 313;
- 2) Frankenstein, IPR III S. 70 fordert sogar die kumulative Anwendung der Heimatrechte einer Person.
- 3) Kegel, IPR S. 176; Soergel-Kegel, Bem. 36 zu Art. 29;
- 4) zB lex fori.

Anknüpfungsleiter bereitgestellt; gegen diese Methode ist einzuwenden, daß das System der festen Regeln verlassen wird,¹⁾ so daß der Richter und der Standesbeamte zur Nachforschungen gezwungen werden, die sie überfordern; diese Methode entspricht nicht dem Grundsatz des Konfliktminimums, hinkende Rechtsverhältnisse möglichst zu vermeiden; aber auch nicht den Anforderungen der Vorhersehbarkeit und Bestimmbarkeit; sie entspricht auf einigen Stufen nicht einmal notwendig dem Grundsatz der engsten Beziehung: Ein schlichter Aufenthalt kann ebenso zufällig sein wie jede andere willkürlich gewählte Anknüpfung.

Man könnte sich hierbei auf die Generalklausel der "engsten Beziehung" einigen oder die maßgebliche Rechtsordnung der Parteienwahl anheimstellen: Dem Standesbeamten ist gedient, wenn er von einem Heimatstaat ein Ehefähigkeitszeugnis in der Hand hält.

3. Art. 14 EGBGB

Hier kommt es auf den (gemeinsamen) gewöhnlichen Aufenthalt im Bereich derselben Rechtsordnung an. Nimmt man bei Desertation des Ehemannes weiterhin gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt beim verlassenen Ehegatten an, so sind die Fälle, in denen die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt nicht helfen kann, darauf beschränkt, daß die Ehegatten zusammen in einem Dritten Staat wohnen oder daß sie von Anfang an keinen gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat hatten. In diesem Fall kann der gewöhnliche Aufenthalt nicht helfen.²⁾

1) so mit Recht Staud.Gamillscheg, Bem. 166 vor Art. 13;

2) vgl. Nußbaum, IPR S. 148: um "Tunlichst eine einheitliche Bestimmung des Personalstatutes anzustreben."

Als Aushilfsanknüpfungen könnte an die Generalklausel der "engsten Beziehung" gedacht werden oder gar an die *lex fori*¹⁾, weil damit immer noch eine gewisse enge Bindung zur anwendbaren Rechtsordnung hergestellt wird, die den einfachen Aufenthalt an "Festigkeit" übertrifft.

4. Art. 15 EGBGB

Bei Art. 15 gibt der erste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt nach der Eheschließung in einem Heimatstaat den Ausschlag für die Maßgeblichkeit eines Heimatrechts. Gerade auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts kommt es auf das einheitliche Familienstatut an.

Hilfsweise könnte im Bereich des Art. 15 sogar daran gedacht werden, daß der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten in einem Drittland ausreicht: Hier sind weder hinkende Rechtsverhältnisse zu befürchten, noch steht ein innerer Zusammenhang zu Art. 13 oder Art. 17 auf dem Spiel, wie es bei Art. 14 der Fall ist. Eine Übereinstimmung mit einem der Heimatrechte ist zwar erwünscht, aber nicht unbedingt geboten.²⁾ Hilfsweise könnte der Parteiwille den Ausschlag geben.

-
- 1) Diese Lösung braucht auf die verschiedenen Fallgestaltungen keine Rücksicht zu nehmen: Ob die Ehegatten jemals eine gemeinsame Staatsangehörigkeit hatten, ob die Frau oder der Mann die Staatsangehörigkeit einseitig wechselten, ob die Ehegatten erst durch Eheschließung eine gemeinsame Staatsangehörigkeit erlangten, gilt gleich. Vgl. dazu zB Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse S. 361 f;
- 2) Diese Anknüpfung wählt Makarov, Gleichberechtigung S. 390. Ähnlich auch Inst.dr.int. (Granada), Annuaire 46 (1956), 124 - 177; (126), (176);

5. Art. 17 EGBGB

Bei Art. 17 EGBGB muß wieder auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich einer Heimatrechtsordnung Wert gelegt werden. Bei der Ehescheidung kommt es wieder darauf an, daß Übereinstimmung wenigstens mit einem Heimatrecht erzielt wird, um eine hinkende Ehescheidung zu vermeiden.

Hilfweise könnte das Ehewirkungsstatut der Ehegatten herangezogen werden, um der inneren Harmonie zwischen Ehewirkungen und der Ehescheidung gerecht zu werden. Schließlich ist auch die Anwendung der *lex-fori*²⁾ oder Beachtung des Parteiwillens nicht abwegig.¹⁾

Ob eine deutsche Frau neben dem nationalen Recht, in dem der "Mittelpunkt der ehelichen Existenz" liegt, auch nach deutschem Recht (Art. 17 III EGBGB) auf Scheidung klagen kann, ist mE zu bejahen. Art. 17 III begünstigt die Ehescheidung, wenn das deutsche Recht weniger schwere Voraussetzungen aufstellt als das oben ermittelte Scheidungsstatut; dieses Privileg sollte aber dann nicht nur für die Frau, sondern auch für den deutschen Mann gelten, der mit seiner Frau in einem dritten Staat wohnt, welcher zugleich Heimatstaat der Frau oder des Mannes ist. Allerdings kann nicht verkannt werden, daß die Forderung, möglichst hinkende Ehescheidungen zu vermeiden, nicht ganz eingehalten wird.

1) vgl. dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 112 aE zu Art. 17; auch Beitzke, Vorschläge und Gutachten, Personen-/Sachenrecht S. 183;

2) so die französische Praxis, Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 79 zu Art. 17. Auch Braga, Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 164 ff.

I V. Staatsangehörigkeitsrechtliche Mischehe

Bei der Erörterung der verschiedenen Staatsangehörigkeiten der Ehegatten wurde deutlich, daß der Konflikt: Gleichberechtigung der Ehegatten und Bildung eines einheitlichen Familienstatutes durch Anwendung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten gelöst werden kann.

Im Bereich des Art. 13 sind die jeweiligen Heimatrechte der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung maßgeblich. Hier ist für die Einführung des gewöhnlichen Aufenthaltes kein Raum.¹⁾

Im Bereich des Art. 14 EGBGB dagegen muß der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt im Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten herangezogen werden: Das Recht des nationalen Staates, in dem zugleich der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten liegt, herrscht über die persönlichen Ehwirkungen.²⁾

Daß der gewöhnliche Aufenthalt mit einem Heimatstaat zusammenfallen soll, ergibt sich daraus, daß die verschiedenen Heimatrechte gleichwertig sind, und daß ein zusätzliches objektives Moment den Ausschlag für die Maßgeblichkeit geben soll. Andererseits gilt auch hier das Argument der Wahrung des Konfliktminimums, wie es im Zusammenhang mit den Mehrstaaten behandelt wurde. Hierauf kann verwiesen werden.

Wenn die Ehegatten nie einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, oder wenn sie ihn in einem dritten Land haben, hilft die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt nicht.

1) Auch die Eherektskommission läßt Art. 13 in seiner Grundstruktur bestehen. Vgl. Vorschläge und Gutachten, Eherecht S. 8 f, 37 ff;

2) so auch Lüderitz, FamRZ 1970, S. 169; Makarov, RabelsZ 17 (1952) S. 390; Staud.-Gamillscheg, Bem. 121 vor Art. 13;

Für diese Fälle können Hilfsanknüpfungen vorgesehen werden, wie sie bei den Mehrstaatern vorgeschlagen wurden.¹⁾

Im Bereich des Art. 15 EGBGB kommt es auf den ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten bei Beginn der Ehe an, wenn sich auch nach der Eheschließung noch verschiedene Staatsangehörigkeiten haben. Auch hier sollte der Aufenthaltstaat der Ehegatten mit dem Heimatstaat eines Ehegatten identisch sein. Als Hilfsanknüpfung kommt, wie bei den Mehrstaatern, ausnahmsweise auch der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt in einem Drittstaat als Anknüpfung in Frage. Zur Begründung kann auf das dort Gesagte verwiesen werden.²⁾

Die Regelung, daß der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten bei Beginn der Ehe zusammen mit der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten über das maßgebliche Güterrecht bestimmt, ist wohl schon de lege lata möglich. Das BVerfG hat in der Entscheidung vom 7.5.1963³⁾ die eigenen Prüfungskompetenzen abgelehnt und festgestellt, daß Art. 15 vorkonstitutionelles Recht sei. Hiermit können die Gerichte selbst die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem GG vornehmen und bei einer entstehenden Lücke selbst Abhilfe schaffen.

Bei der Scheidung (Art. 17 EGBGB) gilt das bei Art. 14 Gesagte entsprechend. Zur Schaffung eines einheitlichen Familienstatutes und zur Herstellung der Gleichberechtigung wird an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten angeknüpft, wenn er mit der Staatsangehörigkeit eines der Ehegatten identisch ist. Hilfweise kann auch hier daran gedacht werden, das Ehewirkungsstatut heranzuziehen.

1) hierzu Lüderitz, FamRZ 70, 173; Makarov, RabelsZ 17 (1952) S. 389; dagegen allerdings KG v. 15.10.1962 StAZ 62, 329; vgl. auch Sturm, Gleichberechtigung S. 166 ff (zur Rechtswahl); zur Begründung bei Mehrstaatern, oben S. 246 ff;

2) vgl. oben S. 249;

3) BVerfG vom 7.5.1963 IIR spr. Nr. 89;

Diese Regelung ist mE ebenfalls de lege lata anzuwenden, da auch Art. 17 vorkonstitutionelles Recht sein dürfte, so daß die einzelnen Gerichte die Verfassungsmäßigkeit dieser Kollisionsnorm selbständig prüfen und bei auftretenden Lücken selber Abhilfe schaffen können.

Die Frage, ob Art. 17 III EGBGB weiterhin angewendet werden kann, ist entsprechend wie bei den Mehrstaaten zu beantworten. Falls man trotz der Bedenken, es könnte mehr hinkende Scheidungen geben, die Anwendbarkeit dieser Norm bejaht, muß das Privileg des Art. 17 III EGBGB auch für den Ehemann mit deutscher Staatsangehörigkeit gelten.

V. Mehrrechtsstaaten

Wenn es in einem Staat mit mehreren Teilrechtsordnungen kein einheitliches oder inhaltlich übereinstimmendes interlokales Kollisionsrecht gibt, entscheidet das Recht des (gemeinsamen) gewöhnlichen Aufenthaltes in einem Teilstaat.

Hilfsweise kann das Recht mit der "engsten Beziehung" oder gar das Recht der Landeshauptstadt herangezogen werden. Diese scheinbar willkürliche Festlegung dürfte sich in der Praxis nicht in Härten äußern. In einem Staatsgebiet mit mehreren Teilrechtsordnungen sind idR die rechtlichen Unterschiede gering, so daß sich diese geringfügige Durchbrechung des Grundsatzes der "engsten" Bindung nicht zu Lasten der Parteien auswirken dürfte.

§ 2 Sonderanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wegen
der besonderen Umweltbezogenheit bestimmter Sachnorm-
gruppen

I. Namensrecht der Ehegatten

Wegen der besonderen Umweltbezogenheit des Namens wurde ein Abgehen von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zugunsten des gewöhnlichen Aufenthaltes empfohlen. Unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Ehegatten entscheidet demnach das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten über die Frage, ob der Mann oder die Frau den Namen des anderen Ehegatten annehmen muß, kann, oder ob sie (er) den eigenen Namen behält. Daß der gewöhnliche Aufenthalt mit der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten zusammenfällt, ist unerheblich. Selbst wenn die Ehegatten mit einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit im Ausland wohnen, kommt nicht das gemeinsame Heimatrecht, sondern das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes zum Zuge.¹⁾

Mit dieser Lösung sind zugleich die mit der Staatsangehörigkeitsanknüpfung verbundenen Probleme der Qualifikation aufgehoben, die Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau ist durch die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt verwirklicht. Allerdings muß in Kauf genommen werden, daß das eheliche Namensrecht nicht mehr in den Bereich des Art. 14 RGBGB eingereicht wird, sondern eine Sonderanknüpfung erfährt.

1) vgl. neuestens OLG Hamburg vom 29.6.1972, StAZ 73, 71 ff: Auch bei Ehegatten mit verschiedener ausländischer Staatsangehörigkeit erfordere die Umweltbezogenheit des Namens die Anwendung des § 1355 BGB, wenn die Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. (Fall eines spanisch-thailändischen Ehepaares.)

Durch die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt büßt das eheliche Namensrecht die für sie nötige "Festigkeit" des Statutes nicht ein. Dauer und Kontinuität sind im Bereich des Namensrechts nicht notwendig wesentliche Erfordernisse.¹⁾ Auch der Gedanke der konfliktlosen Reintegration in das Heimatrecht, wie er bei statusbegründenden oder statutsaufhebenden Akten wie der Eheschließung oder der Ehescheidung auftritt, spielt im Bereich des Namensrechts keine große Rolle. Wengler²⁾ weist darauf hin, daß bei Nichtanerkennung einer Namensänderung durch den Heimatstaat Mann und Frau durchaus genötigt werden könnten, je nach Wohnort bald diesen, bald einen anderen Namen tragen zu müssen. Dies werde aber künftig nicht so sehr ins Gewicht fallen, da die Identität der Personen im zwischenstaatlichen Bereich künftig ohnehin mit anderen Mitteln herbeigeführt würde, als über den Namen: dann würde aber der Name seine ursprüngliche Funktion wieder zurückgewinnen, die er als Mittel der gesellschaftlichen Kennzeichnung im tatsächlich umgrenzten Lebensraum (zB des Wohnortes) einmal hatte.³⁾

Wenn ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten nicht mehr besteht (die Ehegatten hatten nie einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt; die Ehegatten trennten sich, keiner von ihnen wohnt am früheren gemeinsamen gewöhnlichen

- 1) vgl. zB Schmitz, NJW 72, 922, der sich gegen die Entscheidung des BGH v. 12.5.71 wendet. Wegen der Einführung des gewöhnlichen Aufenthaltes fürchtet er "Kontinuitätsverlust" im Namensrecht.
- 2) vgl. Wengler, NJW 72, 1002, ebenfalls zu derselben Entscheidung.
- 3) Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß Zitelmann, IPR I, 138 und II, 174 in gewisser Hinsicht die Umweltbezogenheit des Namens beachtete und für die Anknüpfung forderte: nicht das Heimatrecht, sondern das sog. "Gebietsstatut" sei für das (eheliche) Namensrecht maßgeblich. Auch Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse S. 373 räumt ein, daß uU Vorschriften des öffentlichen Rechts des Aufenthaltsortes der Person aus Gründen der öffentlichen Ordnung eingreifen und Modifikationen des Personalstatutes bewirken können.

Aufenthaltort), könnte man an die Staatsangehörigkeit der Namensträger anknüpfen, die auch für den Namensschutz Bedeutung hat.¹⁾ Denkbar wäre auch in diesem Fall ein Wahlrecht²⁾ zwischen dem Recht des gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthaltes des Namensträgers und seinem Heimatrecht.

Dieser Regelung kann aber de lege late noch keine Geltung zukommen, da es sich hierbei nicht um eine rechtlich zulässige Modifizierung geltenden Rechts handelt, sondern um eine Neubildung, die vom Gesetzgeber angenommen und in Kraft gesetzt werden muß.

1) wohl hM; vgl. Dölle, Persönliche Rechtsverhältnisse S. 374; Staud.-Gamillscheg

2) Ein Wahlrecht will der BGH vom 12.5.1971 schon während der Ehe zulassen.

II. Das Unterhaltsrecht der Ehegatten

1. Während der Ehe

Wegen der besonderen Abhängigkeit des Unterhaltsrechts von den sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen des Lebensmilieus der Ehegatten wurde eine Sonderanknüpfung des Unterhaltsrechts der Ehegatten an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, unabhängig von jeglicher Staatsangehörigkeit¹⁾ der Ehegatten, empfohlen. Für das Unterhaltsrecht während der Ehe ist daher das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten in demselben Bereich einer Rechtsordnung maßgeblich.²⁾

Hiermit wird verhindert, daß ein Recht zur Anwendung kommt, das die besonderen Verhältnisse des Wohnortes nicht berücksichtigt, andererseits wird ermöglicht, daß die Besonderheiten des "sozialen Milieus", die im dort geltenden Recht ihren Niederschlag gefunden haben, auch beim konkreten Fall berücksichtigt werden, so daß eine weitgehende innere Harmonie mit dem territorial geltenden öffentlichen und privaten

-
- 1) Jayme/Kronke nehmen zu einer Entscheidung des AG Mönchengladbach vom 9.11.1972 Stellung, bei der ein in der Bundesrepublik stationierter Angehöriger der britischen Streitkräfte von seiner deutschen Ehefrau auf Unterhalt verklagt wurde. Das Gericht wollte das Heimatrecht des Mannes anwenden. Jayme sieht dieses Problem unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung der Ehegatten. Dem Vorschlag, an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten oder des gewöhnlichen Aufenthaltes des Klägers anzuknüpfen, stellt Jayme die Anknüpfung an das Heimatrecht des Klägers als "nicht unterlegen" gegenüber, vgl. FamRZ 1973, S. 174 ff;
- 2) Es ist beachtlich, daß das Unterhaltsrecht in vielen Ländern territorial geregelt ist: Anwendung der Lex-fori! Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 230 zu Art. 14 EGBGB.

Recht verwirklicht wird.¹⁾ Das Recht der "effektiven Rechtsgemeinschaft" steht dem Unterhaltsbedürftigen näher als ein fremdes Heimatrecht.

Wie soll angeknüpft werden, wenn die Ehegatten zuerst zusammengewohnt, dann aber getrennt gelebt haben? Oder wenn sie nie einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten?

Für den Fall, daß die Ehegatten einmal einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, erscheint es richtig zu sein, an den nach wie vor bestehenden "Mittelpunkt der ehelichen Existenz" anzuknüpfen, wenn ein Ehegatte an diesem Ort verblieben ist. Daher kann die deutsche Frau eines Polen, die bisher beide in London gewohnt haben, nach Rückkehr zu ihren Eltern in die Bundesrepublik nicht vorbringen, sie wolle nach deutschem Recht Unterhalt haben, weil es beim Unterhaltsrecht auf die Übereinstimmung von Recht und tatsächlichem Lebensraum ankäme. Bei dieser Lösung wird der Gegenseitigkeit des Unterhaltsrechts bei bestehender Ehe voll Rechnung getragen. Dieser Grundsatz wird auch solange aufrecht zu erhalten sein, bis die Ehe durch Urteil geschieden ist, oder

¹⁾ Hierbei ist von großer Bedeutung, daß bei dieser Regelung privates Unterhaltsrecht in einem engen Zusammenhang zur staatlichen sozialen Versorgung (im weitesten Sinn) steht. Auch Staud.-Gamillscheg, Bem. 232 a zu Art. 14 will das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes für den Fall anwenden, daß die Eheleute mit verschiedener Staatsangehörigkeit auch in verschiedenen Rechtsgebieten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. In diesem Zusammenhang ist interessant zu bemerken, daß bereits Nußbaum, IPR S. 147 für das Unterhaltsrecht die Maßgeblichkeit deutschen Rechts (als *lex fori*) vorgeschlagen hat, wenn sich beide Ehegatten (oder doch der Unterhaltsberechtignte mit Zustimmung des Unterhaltspflichtigen) dauernd in Deutschland aufhalten: Die dem Deutschen Recht entsprechende Unterhaltsleistung sei eine Forderung des deutschen *ordre public*: Die Unterhaltspflicht berühre erhebliche allgemeine Interessen. Bei Nichterfüllung müsse die öffentliche Fürsorge einsetzen. Die Unterhaltspflicht habe straf- und verwaltungsrechtliche Bedeutung.

wenigstens eine Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen ist.¹⁾ Hier steht nicht der Schutz des Klägers, sondern die Wahrung der Familieneinheit im Vordergrund.

Eine andere Entscheidung wird man treffen müssen, wenn die Ehegatten nie einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, oder wenn sie beide den "gemeinsamen Ehemittelpunkt" verlassen haben. In diesem Fall könnte man daran denken, das Heimatrecht des Klägers maßgebend sein zu lassen, da hier an die Stelle der Familieneinheit der Schutz des Klägers tritt. Mit gleichem Recht könnte man aber auch an den gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers anknüpfen: hier wäre der Zusammenhang zwischen Umwelt und Recht berücksichtigt; es darf aber nicht übersehen werden, daß hierbei das Recht von der Parteirolle abhängt, so daß Willkür nicht ausgeschlossen werden kann.²⁾

2. Nach Ehescheidung

Während im ehelichen Namensrecht die Umweltbezogenheit des Namens nach der Ehescheidung keine besondere Berücksichtigung braucht, besteht im Unterhaltsrecht eine vergleichbare Situation während und nach der Ehe. In beiden Fällen hat das wirtschaftlich-soziale Milieu einen bedeutenden Einfluß auf den Unterhalt der Ehegatten. Daher erscheint es berechtigt, grundsätzlich an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten zZt. der Ehescheidung anzuknüpfen. (Maßgeblicher Zeitpunkt: letzte mündliche Verhandlung.)

1) Beachte, daß deutsche Gerichte seit BGH vom 22.3.1967, BGH in FamRZ 1967, S. 452 die Trennung von Tisch und Bett nach ausländischem Recht aussprechen können.

2) vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 232 a zu Art. 14; will in Anbetrachtung an das Haager Unterhaltsabkommen gegenüber Kindern an den gewöhnlichen Aufenthalt der Unterhaltsberechtigten anknüpfen. Hier stellt sich aber die Frage: wer ist Unterhaltsberechtigter? Die Frau oder der Mann? Oder beide zugleich? Im übrigen muß gefragt werden, warum Gamillscheg den engen Zusammenhang zwischen Unterhaltsanspruch und sozialer Versorgung nur dann berücksichtigen will, wenn die Ehegatten verschiedene Staatsangehörigkeiten haben? Warum nicht generell?

Die Sonderanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt hat wegen der Anknüpfungsidentität mit dem Unterhaltsrecht im Rahmen des Art. 14 den Vorteil, daß die Ehegatten, wenn sie ihren Aufenthaltsort nicht verändern, mit einem im wesentlichen gleichartigen Unterhalt rechnen können, wie sie ihn während der Ehe beanspruchen konnten, ohne ihre Lebensführung wesentlich ändern zu müssen.¹⁾ Sie hat weiterhin den Vorteil - entsprechend den Verhältnissen während der Ehe - daß der Zusammenhang mit der Sozialversicherung, der öffentlichen Fürsorge und den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen (Währung) gewahrt bleibt.²⁾

Hier ist aber zu beachten, daß der Fortbestand des "Zentrums der ehelichen Existenz", - wenn ein Ehegatte vom anderen verlassen wird, er aber am gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten zurückbleibt -, mit Erlaß des Ehescheidungsurteiles ein Ende gefunden hat: Gehen also die Ehegatten nach der Ehescheidung in andere rechtliche Geltungsbereiche und begründen sie jeweils einen gewöhnlichen Aufenthalt, so hat das frühere gemeinsame Statut ein Ende. In diesem Falle müßte der gewöhnliche Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten über das anzuwendende Recht entscheiden.³⁾

-
- 1) Die Frage der materiellen Identität des ehelichen und nach-ehelichen Unterhaltsrechts wird auch verschieden behandelt. Vgl. dazu zB AG Gelsenkirchen, Beschluß v. 27.8.1962 NJW 62, 2303; hier Hinweis auf BGH 20, 127; dazu auch Gernhuber, FamR S. 303;
- 2) vgl. dazu zB den Fall LG Saarbrücken v. 6.4.54 IPRspr. 1954 Nr. 23;
- 3) auch hier soll darauf hingewiesen werden, daß in einzelnen Ländern die Frage der Regelung des Unterhalts nach der Ehescheidung nach der lex-foi behandelt wird. Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 555 zu Art. 17. Hierbei wird auch in Kauf genommen, daß der innere Zusammenhang zwischen dem Scheidungsstatut und dem Unterhaltsstatut gestört werden kann.

Hiermit wird aber zugleich ein anderer im geltenden Recht bestehender Grundsatz aufgegeben werden:¹⁾ die Unwandelbarkeit des Unterhaltsrechts.²⁾ Bejaht man die strenge Abhängigkeit von Unterhaltsrecht und sozialem, wirtschaftlichem Milieu, so muß diese Konsequenz gezogen werden. Dies hat zur Folge, daß der Unterhaltsschuldner möglicherweise häufiger mit einer Änderung seiner Unterhaltsverpflichtungen rechnen muß, als bisher. Gegen diese Gefahr steht den Ehegatten mE die Möglichkeit offen, über den Unterhalt nach der Scheidung eine Vereinbarung zu treffen, in der die Maßgeblichkeit des Rechts zur Zeit der Vereinbarung als nicht wandelbar vereinbart wird. Dies wäre dann das Unterhaltsstatut zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung. Die Regeln des Schuldstatutes mit der Zulässigkeit freier Parteiautonomie würde allerdings nicht heranzuziehen sein.³⁾

Auch hier gilt: Diese Regelung kann nicht bereits de lege late zur Anwendung kommen; es handelt sich nicht nur um eine Lücke des geltenden Rechts, die ausgefüllt wird, sondern um eine Neugestaltung, deren Billigung dem Gesetzgeber vorenthalten ist.

-
- 1) vgl. dazu Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 565 ff zu Art. 17;
 - 2) vgl. oben S.201
 - 3) vgl. dazu Staud.-Gamillscheg, Bem. 570 ff zu Art. 17;

§ 3 Einfluß der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt
auf die allgemeinen Fragen des IPR.

I. Der gewöhnliche Aufenthalt und die Umgehung im IPR.

1. Fraudulöse Umgehung und zulässiger Statutenwechsel.

Man hat der Anknüpfung an den Wohnsitz (zB § 7 BGB) häufig nachgesagt, sie sei eine flüchtige Anknüpfung und entbehre der Stabilität und der Kontinuität. Daher bestehe die Gefahr willkürlicher Einflußnahme auf das anwendbare Recht.¹⁾

Dieser Vorwurf mag bei den nur örtlich ausgerichteten Wohnsitzbegriffen teilweise auch zutreffen, weil die Möglichkeit des mehrfachen Wohnsitzes besteht, und weil dem subjektiven Merkmal des persönlichen Willens große Bedeutung beigemessen wird.²⁾

Um solchen Mängeln abzuhelpen, wurde teilweise³⁾ Zuflucht genommen zu dem sog. "verbesserten Wohnsitzbegriff", bei

1) Vgl. zum Problem der Umgehung, Römer, Umgehung; Hinweise auf die Gefahren, die der Wohnsitz als Anknüpfung hinsichtlich der Umgehung mit sich bringt, bei Ferid, Neubürger S. 47;

2) In den USA hat sich gezeigt, daß sich besonders scheidungsfeindliche Kandidaten eine Rückfahrkarte kauften, nach Nevada (Reno) reisten und sich dort ein Hotelzimmer mieteten, sich polizeilich anmeldeten und zu Hause in Washington die erforderliche Wartefrist verstreichen ließen, bis sie im "Scheidungsparadies" ihre Wünsche erfüllen konnten. Vgl. auch Römer aaO S. 128; dazu auch Rabel, Conflict I 2.Aufl. S. 422; sog. "megratory divorce". Hierzu muß gesagt werden, daß diese Ehescheidungen häufig nicht anerkannt werden, weil keine "jurisdiction" begründet worden war. Problem der "bona fide residence".

3) vgl. auch Ferid, Neubürger, S. 46.

dem ein zeitlicher Mindestaufenthalt von bestimmter Dauer die Voraussetzung der Begründung des Wohnsitzes war. Als Beispiel kann das "domicile statutaire" in Frankensteins "Projet" angeführt werden, oder der 2-jährige Wohnsitz¹⁾ als Voraussetzung der Eheschließung in der Nordischen Konvention.²⁾

Während bei Begriffen mit strengeren zeitlichen Voraussetzungen die Gefahr von Umgehungen gemindert werden kann, sind Begriffe, deren Vorliegen an eine formelle (behördliche) Registrierung geknüpft wird, geradezu prädestiniert für Umgehungen,³⁾ weil es meist auf die materiellen Voraussetzungen nicht mehr ankommt. Selbst bei der Staatsangehörigkeit, die allgemein als eine stabile und kontinuierliche Anknüpfung angesehen wird, kann es - je nach dem fremden Staatsangehörigkeitsrecht - möglich sein, daß ein Statutenwechsel herbeigeführt wird, ohne daß zugleich auch eine enge materielle Beziehung zu der neuen Rechtsordnung hergestellt ist.

Stellt man dagegen bei der Anknüpfung auf die tatsächlichen Verhältnisse ab, die eine enge Beziehung zu einer Rechtsordnung zum Ausdruck bringen müssen, so wird die Gefahr von Umgehungen sehr gering gehalten. Sind diese strengen materiellen Voraussetzungen einer Anknüpfung erfüllt, so kann nicht mehr von einer fraudulösen Umgehung gesprochen werden, sondern man muß den Statutenwechsel als legitim zur Kenntnis nehmen und für die Frage des anzuwendenden Rechts entscheidend sein lassen.

1) vgl. Frankenstein, Projet, Art. 57 ff;

2) Hinweise bei Staud.-Gamillscheg, Bem. 95 vor Art. 13;

3) vgl. Römer, aaO S. 29, wo er die Voraussetzungen einer Umgehung aufstellt.

Dies zeigt: durch eine entsprechende Begriffsbildung kann die Gefahr einer Umgehung erheblich reduziert werden, wenn auch nicht gänzlich ausgeschlossen werden.¹⁾ Ein Beweis dafür ist auch der überkommene angelsächsische "domicil"-Begriff, der die Staatsangehörigkeit an Stabilität beinahe übertrifft: die materiellen Voraussetzungen eines Wahl-domizils sind streng, nur in wenigen Fällen kann ein Statutenwechsel herbeigeführt werden.

2. Die Stabilität des gewöhnlichen Aufenthaltes

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes umfaßt - im Gegensatz zu dem Wohnsitzbegriff des § 7 BGB - den absoluten Lebensmittelpunkt einer Person, der nicht nur räumliche, sondern auch kulturelle, wirtschaftliche und persönliche Elemente beinhaltet. Bei der Ehe ist er das "Zentrum der ehelichen Existenz".

Diese Voraussetzungen bauen auf den tatsächlichen, materiellen Bindungen zu einer Rechtsgemeinschaft auf, die weder vorgetäuscht oder nur oberflächlich bestehen können. Wenn die Gründe nicht ausreichen, einen Lebensmittelpunkt an einem Ort anzunehmen, besteht auch kein gewöhnlicher Aufenthalt.²⁾ Unter diesen Voraussetzungen dürfte es schwerfallen, daß der gewöhnliche Aufenthalt von heute auf morgen nur dem äußeren Schein nach in einen anderen Geltungsbereich eines Rechtes verlegt wird. Mit Recht sagt Zweigert: "Wer wechselt denn schon leichten Herzens seinen Existenzmittelpunkt um eines bestimmten Prozesses willen?"³⁾ Wenn aber

-
- 1) vgl. auch Neuhaus, Grundbegriff S. 132; Raape, IPR S. 130, Nr. 5;
 - 2) Eine von Scheucher, ZfRV 7 (1966), 255 geforderte Umkehr der Beweislast ist in diesem Zusammenhang gar nicht mehr erforderlich.
 - 3) vgl. Zweigert, Auswirkungen S. 561; ähnlich äußern sich de Winter, Nationality S. 430, 482 f; Vischer, Mariage mixte S. 422;

ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet ist, muß der Statutenwechsel beachtet werden.

Neben der materiellen Ausgestaltung des gewöhnlichen Aufenthaltes wird bei Mehrstaatern und bei Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit - auch zur Sicherung der Kontinuität der Anknüpfung und zur Vermeidung willkürlichen Statutenwechsels - der gewöhnliche Aufenthalt mit der Staatsangehörigkeit verbunden. Auf diese Verbindung wurde besonders bei den statusbegründenden und statusaufhebenden Akten (Eheschließung, Ehescheidung) Wert gelegt, um die Kontinuität des Rechtsverhältnisses selbst zu garantieren, und um - wegen der Übereinstimmung mit den Heimatrechten - hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden.¹⁾

Wo der gewöhnliche Aufenthalt dagegen von der Staatsangehörigkeit unabhängig zur Anwendung kommt (Namensrecht während der Ehe, Unterhaltsrecht während und nach der Ehe), kommt es weniger auf die Kontinuität, als auf die Nähe des Rechtsverhältnisses zur Umwelt und zu deren Recht an. Wird der gewöhnliche Aufenthalt trotz der "strengen" materiellen Voraussetzungen gewechselt, so ist der Statutenwechsel zu beachten. Auf dem Gebiet des Namens- und Unterhaltsrechts bringt er den Beteiligten keinen Schaden.

3. Denkbare Umgehungsfälle

a) Im Namensrecht

Im Hinblick auf das Namensrecht während der Ehe erscheint
ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes nur zur
Erlangung eines anderen Namens nicht im Bereich des tatsächlich

¹⁾ bei Art. 15 ist es sowohl die enge Verbindung mit der Staatsangehörigkeit, aber auch die Beibehaltung der "Unwandelbarkeit" des Statutes.

Möglichen: Welche Familie wird ihren gesamten Hausstand (Mittelpunkt der ehelichen Existenz) in ein anderes Land verlegen, nur um der Frau oder dem Mann die Möglichkeit zu geben, einen anderen Namen zu tragen? Auch der BGH hat in diesem Zusammenhang gesagt, eine Statutenumgehung erscheine - allerdings wegen des von ihm zugestandenen Wahlrechts - nicht besonders gewichtig.¹⁾

b) Im Unterhaltsrecht

Dieser Punkt ist im Unterhaltsrecht etwas problematischer: Zwar nicht, solange ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt angenommen werden muß. Jedoch in all den Fällen, wo hilfsweise an den gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten oder des Klägers angeknüpft werden muß: hier ist es durchaus möglich, daß der Kläger oder der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt nur deshalb wechselt, um in den Genuß eines höheren Unterhaltes zu gelangen.

Das Vorliegen einer Umgehung wird man nur auf einen offensichtlichen Mißbrauch der Unterhaltsanknüpfung stützen können, der eine entsprechende Umgehungsabsicht offen legt, den Unterhalt zu den eigenen Gunsten zu verändern. Denn der Zweck der Sonderanknüpfung besteht darin, den Unterhalt des Berechtigten in der Frage des "ob" und des "wie" der sozialen-wirtschaftlichen Umwelt anzupassen! Es ist nicht Zweck der Sonderanknüpfung, daß sich der Berechtigte den ihm günstigsten Unterhalt durch entsprechende Auswahl der günstigsten Rechtsordnung und durch entsprechende Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes erzielen kann. Wechselt daher ein Unterhaltsberechtigter seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Absicht, in den Genuß eines günstigeren Unterhaltsrechtes

¹⁾ vgl. BGH vom 12.5.1971 RabelsZ 35 (1971) S. 741 ff;

zu kommen, so mißbraucht er die Kollisionsnorm und wendet sie zweckwidrig an: er vollzieht eine Umkehrung von Ursache und Wirkung.¹⁾

Die Folge einer festgestellten *fraus legis* ist selbständiger Art, sie soll nicht über die Anwendbarkeit des Art. 30 EGBGB nur die inländische Rechtsordnung vor zweckwidriger Anwendung fremden Rechts schützen. Es gilt daher der Satz: "*fraus omnia corrumpit!*" Es soll dasjenige Recht zur Anwendung kommen, das vor Beginn der Umgehungshandlung aufgrund des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes zur Anwendung kam.²⁾

-
- 1) vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 210 vor Art. 13; es ist allerdings zu vermuten, daß diese Fälle sehr selten vorkommen werden. In der gegenwärtigen Praxis sind Entscheidungen zu Fragen der Umgehung selten.
- 2) vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 212 zu vor Art. 13; mit weiteren Hinweisen.

II. Der gewöhnliche Aufenthalt und die Probleme der Rück- bzw. Weiterverweisung

1. Das Problem

Wie bisher gezeigt wurde, fungiert der gewöhnliche Aufenthalt auf dreierlei Art und Weise: Er bildet die Ersatzanknüpfung für fehlende oder nur noch formell bestehende Staatsangehörigkeit (Flüchtlinge, Staatenlose). Dann hat er die Funktion der Zusatzanknüpfung im Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit der Mehrstaater, der Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit und bei Angehörigen von Mehrrechtsstaaten. Schließlich fungiert der gewöhnliche Aufenthalt als selbständige Anknüpfung - unabhängig von jeglicher Staatsangehörigkeit der Ehegatten - auf dem Gebiet des ehelichen Namensrechts, sowie auf dem Gebiet des Unterhaltsrechts der Ehegatten während und nach der Ehe. Hiermit sind jeweils verschiedene Zwecke mit der Wahl der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt verbunden: In der ersten Gruppe ersetzt der gewöhnliche Aufenthalt die Staatsangehörigkeit, er tritt an ihre Stelle; in der zweiten Gruppe hat der gewöhnliche Aufenthalt die Funktion, eines der Heimatrechte endgültig zu bestimmen und - bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten - zugleich den Grundsatz der Gleichberechtigung iS des Art. 3 II GG zu verwirklichen. In der dritten Gruppe schließlich soll die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt zum Ausdruck bringen, daß Sachverhalte mit besonderer Umweltbezogenheit auch nach dem Rechte der konkreten Umwelt einer Person beurteilt werden.

Man könnte nun meinen, die hier verfolgten Zwecke könnten bei Anerkennung der Rück- oder Weiterverweisung¹⁾ vereitelt

¹⁾ vgl. allgemein zu den Problemen der Rück- und Weiterverweisung: Staud.-Gamillscheg, Bem. 174 - 179 vor Art. 13; Sturm, Gleichberechtigung S. 173; Lüderitz, FamRZ 1970, S. 174;

werden, so daß man erst gar nicht zu einer Änderung der Anknüpfungen schreiten muß, weil ohnehin alles beim alten bleibt. Aber diese Vermutung bedarf näherer Betrachtung.

2. Zulassung der Rück- und Weiterverweisung bei den einzelnen Fallgruppen.

a) Staatenlose, Flüchtlinge

Bei Staatenlosen und Flüchtlingen (einschließlich der gleichgestellten Personengruppen) tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle der Staatsangehörigkeit. Hier ist der einzige Zweck: es muß überhaupt eine Anknüpfung gefunden werden. Es besteht daher kein Grund, die im Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit entwickelten Grundsätze¹⁾ umzustößen und etwa die Rück- oder Weiterverweisung nicht zuzulassen. Durch eine Rück- oder Weiterverweisung wird ein besonderer rechtspolitischer Zweck des IPR-Gesetzgebers nicht vereitelt.

b) Mehrstaater, staatsangehörigkeitsrechtliche Mischehen

Dieser Satz gilt auch dort, wo der gewöhnliche Aufenthalt nur die Aufgabe hat, das Heimatrecht, mit dem die betreffende Person am engsten verbunden ist, zu bezeichnen und ihm dadurch den Vorrang vor den konkurrierenden Heimatrechten zu geben. Daß gerade das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes zur Anwendung kommen soll, weil es auf die Person, die in ihm lebt, besonders zugeschnitten ist, ist nie Grund für die Einführung des gewöhnlichen Aufenthaltes bei diesen Fällen

1) vgl. Staud.-Gamillscheg, aaO mit Hinweisen, auch Bem. 151 vor Art. 13;

gewesen. Dies gilt gleichermaßen für die Mehrstaater, wie für die Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit.

Im Zusammenhang mit der Verwirklichung der Gleichberechtigung durch Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt ist gesagt worden,¹⁾ wenn man die Rück- oder Weiterverweisung zulasse, könnte die neu errungene Gleichberechtigung sogleich wieder verlorengehen.

Hierbei verwies man auf den Fall, daß die Ehegatten gemeinsam im Heimatstaat der Ehefrau wohnen (gewöhnlichen Aufenthalt), und das Kollisionsrecht dieses Landes unter Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung in Art. 3 II GG vorrangig an das Heimatrecht des Mannes anknüpft: Somit würde, wenn die Weiterverweisung (Rückverweisung) befolgt wird, die mit großem Aufwand errichtete Gleichberechtigung wieder illusorisch werden:²⁾ Sturm will in diesem Fall die Rück- bzw. Weiterverweisung wegen des Verstoßes gegen Art. 3 II GG durch das fremde Kollisionsrecht nicht beachten.

Dem kann aber entgegengesetzt werden, daß die Beachtung der Gleichberechtigung im Kollisionsrecht des Inlandes nur erfolgt, weil die inländische Kollisionsnorm ein Rechtssatz unterhalb der Verfassung ist und daher der Verfassung auch entsprechen muß. Hat die eigene Kollisionsnorm einmal verwiesen, so obliegt die weitere Entscheidung dem verwiesenen Recht. Mit Recht kann man auf dem Standpunkt stehen; wenn richtiger Ansicht nach schon ausländisches materielles Recht nicht unmittelbar an der Verfassung zu messen ist, so kann das fremde Kollisionsrecht erst recht nicht an der

1) vgl. Sturm, Gleichberechtigung S. 173;

2) vgl. Sturm, Gleichberechtigung S. 173;

3) vgl. ders., aaO S. 173;

Verfassung des Inlandes gemessen werden.¹⁾ Würde man auch ausländisches Kollisionsrecht an der eigenen Verfassung messen, hätte das Kollisionsrecht ein Ende, und mithin der Satz von der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen. Es kommt allein darauf an, ob der inländische Gesetzgeber der Verfassung entsprechend gehandelt hat und dem Heimatrecht jedes Ehegatten die Chance, zur Anwendung zu kommen, gegeben hat. Wenn das ausländische Recht diese Chance nicht wahrnimmt, ist dies seine Sache, aber nicht Sache der eigenen Verfassung.²⁾

Daraus folgt, daß die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten - wie bei Mehrstaaten - eine Rück- oder Weiterverweisung nicht hindert, so daß eine Rück- oder Weiterverweisung der verwiesenen Rechtsordnung nach allgemeinen Regeln zu beachten ist.³⁾

-
- 1) vgl. Lüderitz, FamRZ 1970, 174; unter Hinweis auf Müller-Freienfels, JZ 1957 S. 147; zu diesem Problem auch Beitzke, GG und IPR S. 37; ferner Ferid, Ffschr. Dölle 1963 II S. 145;
- 2) Wieder eine andere Frage ist, wie die Tatsache zu behandeln ist, daß das materielle Recht der verwiesenen Rechtsordnung die Gleichberechtigung nicht kennt oder nicht durchführt. Hierzu die Entscheidung des BVerfG vom 4.5.1971 RabelsZ 36 (1972) S. 145 ff; und die Stellungnahmen aaO S. 1 - 144; Das Gericht kommt dazu, die ausländischen Sachnormen unmittelbar an der eigenen Verfassung zu messen. Dies hat es aber nicht auch auf die fremden Kollisionsnormen ausgedehnt.
- 3) vgl. Staud.-Gamillscheg, Bem. 174 ff vor Art. 13; Müller, Gesamtnorverweisung.

c) Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wegen besonderer
Umweltbezogenheit von Sachnormgruppen

Hinter der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt im Bereich des ehelichen Namensrechts und des Unterhaltsrechts zwischen den Ehegatten während und nach der Ehe steht der rechtspolitische Zweck, das Recht zur Anwendung zu bringen, mit dem die Ehegatten tatsächlich verbunden sind. Hier war die besondere¹⁾ Verbundenheit zwischen Recht und zu regelndem Sachverhalt der entscheidende Grund für die Wahl der Anknüpfung.

-
- 1) Zum Problem der Rück- bzw. Weiterverweisung: Wenn das deutsche IPR auf eine bestimmte ausländische Rechtsordnung verweist, so ergibt sich die Frage, ob auch die ausländische Kollisionsnorm erfaßt wird, oder ob nur auf die fremden Sachnormen verwiesen wird. Jenes wird mit dem Begriff "Gesamtverweisung" gekennzeichnet, dieses mit dem Begriff "Sachnormverweisung". Bei der Figur der Gesamtverweisung gibt es zwei Möglichkeiten: die der Rückverweisung an die lex fori oder die der Weiterverweisung zu einem dritten Staat.

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 15.2.1906 (RGZ 62, 404) ferner RGZ 91, 139 (141) hat die Rechtsprechung bis heute den Standpunkt vertreten, daß kollisionsrechtliche Verweisungen grds. Gesamtverweisungen seien mit der Folge, daß Rück- und Weiterverweisungen zugelassen werden müßten, vgl. BGHZ 45, 351; BGH NJW 1958, 750;

Zur Begründung wurde angeführt, bei Nichtbeachtung der Gesamtverweisung müßte der inländische Richter anders entscheiden als der fremde Richter; ferner werde bei Nichtbeachtung der Gesamtverweisung die Souveränität des fremden Staates mißachtet. Sein Wille sei entscheidend.

In der Literatur gehen die Ansichten von ausnahmsloser Bejahung bis zur grundsätzlichen Verneinung mit Ausnahme der in Art. 27 EGBGB aufgezählten Normen; zum Ganzen Müller, Gesamtnormverweisung S. 193 ff; Die Befürworter der Sachnormverweisung legen dar, das Kollisionsrecht habe die Aufgabe, Zweifel hinsichtlich des anzuwendenden Rechts zu beseitigen, daher sei eine auf eine andere verweisende Kollisionsnorm in sich ein Widerspruch. Die Anhänger der Gesamtverweisung behaupten, das eigene Recht stecke nur die Kompetenz der eigenen Rechtsordnung ab. Mit Bezeichnung des fremden Rechts habe es seine Aufgabe erfüllt.

Würde man auf diesen Gebieten dem von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg folgen, so käme infolge des unberechenbaren "circuit" und "double renvoi" irgend-ein Recht zur Anwendung, nur nicht dasjenige, das nach Ansicht des Gesetzgebers wegen der besonderen Umweltbezogenheit der Materie zur Anwendung kommen sollte, nämlich dasjenige des gewöhnlichen Aufenthaltes.¹⁾ Würde die Gesamtverweisung zugelassen werden, müßte uU das Heimatrecht des Mannes konsultiert werden. Die Namensführung hätte dann in der Umwelt die gleichen Wirkungen, wie wenn von vorneherein an das Heimatrecht des Mannes angeknüpft worden wäre. Entsprechendes gilt auch für das Unterhaltsrecht.

Da der Theorie der Gesamtverweisung aus diesen Gründen nicht gefolgt werden kann, andererseits aber auch die Theorie der Sachnormverweisung nicht allgemein gebilligt werden kann, soll eine Lösung gesucht werden, die einerseits auf die Herbeiführung des internationalen Entscheidungseinklangs gerichtet ist, andererseits aber auch geeignet ist, den "lästigen circulus vitiosus" bei Rück- und Weiterverweisung zu verhindern.

aa) Martin Wolff hat den Begriff der "gesunden Gesamtverweisung" geprägt. Diese liege dann vor, wenn der Entscheidungseinklang erreicht wird; in allen anderen Fällen soll die deutsche Kollisionsnorm als Sachnormverweisung verstanden werden.²⁾ Diese Ansicht mag in vielen Fällen zu vernünftigen rechtspolitischen Entscheidungen führen, die Beachtung der Umweltbezogenheit einer Materie vermag sie auch nicht durchzusetzen.

- 1) vgl. Müller, Gesamtverweisung S. 196; die Vielfalt der Bezeichnungen für das Phänomen des "circulus vitiosus" ist erstaunlich: "circulus inextricabilis", "law tennis", "logisches Spiegelkabinett", "Juristisches Ebbe- und Flut-Spiel", "endless chain", "International to and for"!
- 2) vgl. Martin Wolff, IPR S. 77; Müller, aaO S. 203;

bb) Auch die Differenzierung der Kollisionsnormen generell nach renvoi-freundlichen und renvoi-feindlichen Anknüpfungen ¹⁾ entspricht dem hier aufgeworfenen Problem nicht: es wirkt formell.

cc) Die Wahrheit könnte bei denjenigen liegen, die die Frage der Zulässigkeit nicht generell, sondern aus der Funktion und den Interessen der einzelnen Kollisionsnormen heraus zu beantworten suchen. Hierbei wird auf Bekanntes verwiesen: Ein anerkanntes Beispiel, bei dem die Gesamtverweisung abgelehnt wird, ist das internationale Schuldrecht:²⁾ liegt bei Schuldverträgen eine ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung vor, die die Maßgeblichkeit eines Rechts zum Inhalt hat, so soll nicht auf die Kollisionsnorm des verwiesenen Rechts verwiesen werden, sondern ausschließlich auf das innere Sachrecht der verwiesenen Rechtsordnung. Hier ist die Anwendung des ausländischen inneren Sachrechts gerechtfertigt, weil eine unmittelbare sachliche Beziehung des Anknüpfungsobjektes zu den materiellen Normen der verwiesenen Rechtsordnung besteht, und diese Beziehung dazu führt, daß eine sachlich angemessene Entscheidung nur gefällt werden kann, wenn das betreffende materielle Recht die Grundlage der Entscheidung bildet.³⁾

Diese Argumentation ist auch auf das internationale Namensrecht der Ehegatten und das internationale Unterhaltsrecht der Ehegatten während und nach der Ehe zu übertragen. In beiden Fällen kommt es darauf an, daß das Recht des tat-

-
- 1) vgl. zB Rabel, Conflict 2. Aufl. I S. 82 ff; Neuhaus, Grundbegriffe S. 184; Die 7. Haager Konferenz hat der Renvoi-Konvention diese Auffassung zugrundegelegt und dem Domizilrecht den Vorzug gegeben.
 - 2) andere Beispiele, wo inländisches Sachrecht zur Anwendung kommen sollte: Art. 11 I, 2 BGB; andere Beispiele bei Müller, aaO S. 206;
 - 3) Zur Zulassung der Sachnormverweisung auf dem Gebiet der Parteiautonomie: Soergel-Kegel, Bem. 278 vor Art. 7; Wolff, IPR S. 78; Raape, IPR S. 456; auch BGH NJW 1958, S. 650, vgl. auch Müller, aaO S. 206-209;

sächlichen Lebensmittelpunktes zur Anwendung gelangt, weil nur die Anwendung dieses Rechts eine dem Lebenssachverhalt angemessene materielle Beurteilung zukommen läßt. Dies hat zur Folge, daß in diesem Bereich eine Rück- oder Weiterverweisung nicht beachtlich ist.

Es soll nicht verhehlt werden, daß infolge der Nichtbeachtung der Gesamtverweisung (Rück- und Weiterverweisung) der internationale Entscheidungseinklang gestört werden könnte: ME überwiegt aber das Interesse an einer sachgerechten Entscheidung gegenüber der Herstellung des internationalen Entscheidungseinklangs; es gibt genügend andere Entscheidungen des IPR-Gesetzgebers, in denen andere kollisionsrechtliche Grundsätze der Herstellung des internationalen Entscheidungseinklangs vorangestellt wurden, so in Art. 11 I, 2 BGB, der Grundsatz der "favor negotii".

Gegen das Argument, man dürfe dem fremden Gesetzgeber den eigenen Willen nicht aufdrängen, indem man sein Sachrecht gegen seinen Willen zur Anwendung bringe, kann mit der heute weitgehend anerkannten Ansicht eingewendet werden, daß die ausländische Rechtsordnung vom inländischen Richter nicht deswegen angewendet wird, weil der ausländische Staat die Anwendung seines Rechts kraft eigener Souveränität beanspruche, sondern weil das inländische Recht die Anwendung fremden Rechts aus bestimmten Interessengesichtspunkten heraus als für sachlich gerechtfertigt ansieht.¹⁾

Im Ergebnis ist daher festzustellen: Die Sonderanknüpfung des Namensrechts und des Unterhaltsrechts der Ehegatten während und nach der Ehe an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt verweist nicht auf die Gesamtheit der fremden Rechtsordnung, sondern nur und allein auf deren innere Sachnormen.

1) vgl. auch Müller, Gesamtverweisung S. 207 ff; 200;

Lebenslauf

Am 8. April 1944 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Josef Gollrad und seiner Ehefrau Paula, geb. Guth, in Neustadt/Schwarzwald geboren. Hier besuchte ich von Herbst 1950 bis Frühjahr 1955 die Volksschule, anschließend bis Frühjahr 1957 das neusprachliche Gymnasium. Im Mai 1957 wechselte ich in das altsprachliche Heinrich-Suso-Gymnasium Konstanz über, wo ich im Frühjahr 1965 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend leistete ich bis Frühjahr 1967 den Wehrdienst ab. Danach begann ich an der Albert-Ludwig-Universität in Freiburg mit dem Studium im Fach Germanistik und wendete mich im Herbst 1967 dem Fachbereich Rechtswissenschaften zu. Seit dem Sommersemester 1969 studierte ich in Hamburg und München, wo ich im Termin 1971 II das Referendarexamen ablegte.

Von April 1972 bis März 1973 erhielt ich für die Promotion ein Stipendium nach dem Graduiertenförderungsgesetz. Seit dem 1. März 1973 bin ich Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk München.

